This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

LAW LIBRARY
56 930 571

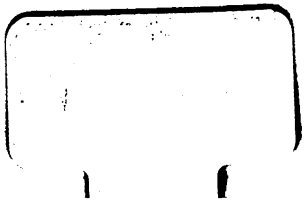
PFERSCHE

METHODIK DER PRIVATRECHTS-

WISSENSCHAFT

1881

HARVARD
LAW
LIBRARY



Austritt
762

METHODIK

DER

PRIVATRECHTS-WISSENSCHAFT.

VON

Dr. EMIL PFERSCHE

PRIVATDOCENT AN DER UNIVERSITÄT IN GRAZ.

GRAZ

VERLAG VON LEUSCHNER & LUBENSKY

K. K. UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG.

1881.

Von Professor Dr. Strohal sind im gleichen Verlage erschienen:

Zur Lehre vom Eigenthum
an Immobilien.

Eine Studie aus dem österreichischen Grundbuchsrecht.

11 Bogen. Preis fl. 1.80 oder M. 3.60.

Transmission
pendente condicione.

Eine Untersuchung aus dem österr. Erbrechte.

13 Bogen. Preis fl. 2.60 oder M. 5.—.

Die Prioritätsabtretung
nach
heutigem Grundbuchrechte,

mit besonderer Rücksichtnahme auf die österreichische Gesetzgebung.

Preis fl. 1.60 oder M. 3.—.

METHODIK

DER

PRIVATRECHTSWISSENSCHAFT.

Man kann nichts über das Recht wissen,
als aus dem Recht. (Brinz).

VON

Dr. EMIL PFERSCHE

PRIVATDOCENTEN IN GRAZ.

GRAZ

VERLAG VON LEUSCHNER & LUBENSKY

K. K. UNIVERSITÄTS-BUCHHANDLUNG.

1881.

Aus. 906

MAY 12 1921

Druck von Leykam-Josefsthal in Graz.

Vorwort.

Zu den vorliegenden Untersuchungen bin ich unwiderstehlich gedrängt worden durch die mannigfachen Erörterungen über Grundfragen der allgemeinen Rechtslehre, welche die letzte Zeit gebracht hat. Es musste ja wol für Jeden, der sich mit rechtswissenschaftlicher Arbeit einigermassen selbständig beschäftigen wollte, das Bedürfnis entstehen, über die angeregten Fragen Klarheit zu erlangen und sich mit den neuen Ansichten auseinanderzusetzen.

Zwei Punkte erforderten eine Entscheidung. Zunächst die allgemeine Auffassung, von der die Rechtswissenschaft ausgehen, welche die Richtung ihrer Untersuchungen bestimmen soll — der Punkt also, den Ihering's jüngstes Werk behandelt. Zweitens die Art der Darstellung des Privatrechts. Und hier bot den Anlass zur Untersuchung der Gedanke, den zuerst Thon mit Entschiedenheit hervorgehoben hat, dass nämlich die Sätze des Privatrechts Befehle enthalten, Befehle sowol an den Richter als an die Unterthanen gerichtet, und dass bei der Darstellung diese Befehle zu berücksichtigen sind.

Dasjenige aber, was ich hier über diese zwei Punkte auszuführen versucht habe, kann auf Richtigkeit nicht unbedingt Anspruch machen. Denn alles was die Methode der Rechtswissenschaft betrifft, ist ja nothwendig abhängig von der Aufgabe derselben. Es handelt sich also in erster Linie darum, welches die Aufgabe der Rechtswissenschaft ist. Meine Ansicht hierüber habe ich im Eingange dargelegt. Beweise aber beizubringen für diese meine Ansicht, habe ich theils für überflüssig theils für unmöglich erachtet. Und so gilt alles übrige nur unter der hier gemachten Voraussetzung über die Aufgabe der Rechtswissenschaft.

Nur auf Eines möchte ich aufmerksam machen. Dass nämlich die Triftigkeit der folgenden Untersuchungen nicht abhängig ist von einer bestimmten philosophischen Weltansicht, von dem Glauben an ein bestimmtes philosophisches System, wenn ich auch davon ausgegangen bin, dass die Aufgabe der Wissenschaft in Betreff der rechtlichen Erscheinungen ganz dieselbe ist, wie in Betreff aller übrigen Naturvorgänge.

Denn kein ernsthaft zu nehmender Denker bezweifelt heute, dass die Lebenserscheinungen, die man die geistigen nennt, der wissenschaftlichen Untersuchung ebenso bedürftig und zugänglich sind, wie etwa das Fallen der Körper, dass sie einer Untersuchung zugänglich sind für welche gar nichts in Betracht kommt, als die beobachteten Thatsachen und die allgemein anerkannten Gesetze des logischen Denkens. Aber allen den Fragen, die man als metaphysische bezeichnet, ob man über die geistigen Erscheinungen auch anders, als durch exacte Untersuchung, Erkenntnis gewinnen kann, ob überhaupt Erkenntnis, die über die Erfahrung hinaus geht, möglich ist, was man über die Erfahrung hinaus glauben kann und soll: allen diesen Fragen wird durch jene exacte Untersuchung nicht präjudicirt.

Auch wer es für eine lösbare Aufgabe der Philosophie hält, über die Erfahrung hinaus „den Weltlauf zu verstehen und ihn nicht blos zu berechnen“ (Lotze), erkennt neben jenem verstehen das berechnen als eine selbständige und berechtigte Aufgabe an. Und allein solches berechnen in Dingen des Rechts ist hier als Aufgabe der Rechtswissenschaft vorausgesetzt.

Graz, Februar 1881.

Emil Pfersche.

I. Aufgabe und Ausgangspunkt der Untersuchung.

§ 1.

Die vorliegenden Erörterungen beschäftigen sich mit der Frage, welche Methode die Rechtswissenschaft befolgen soll, in welcher Weise eine wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtes erfolgen kann?

Welche Berechtigung und Bedeutung diese Frage für jede Wissenschaft hat, bedarf wohl keiner Ausführung; trotzdem ist sie für die Rechtswissenschaft bisher noch nicht beantwortet, ja kaum angeregt worden. So konnte Ahrens noch 1873 schreiben: „Es ist bezeichnend für den Zustand der positiven Rechtswissenschaft, dass über die Methode überhaupt noch gar kein deutliches Bewusstsein gewonnen und kaum die Frage nach diesem wichtigen Gegenstande aufgeworfen worden ist.“ [1])

Die vorliegende Schrift sucht nun zwar nicht eine erschöpfende Behandlung dieser Frage, aber doch einen Beitrag zur Lösung derselben zu geben, indem sie dieselbe unter den folgenden Beschränkungen in Betracht zieht.

Die Methode, welche zu beobachten ist, ist selbstverständlich nothwendig bedingt durch die Aufgabe, welche damit erreicht werden soll. Wenn nun die Rechtswissenschaft eine mehrfache Aufgabe haben würde, wenn man wenigstens verschiedener Ansicht über ihre Aufgabe sein könnte, so wären vielleicht auch verschiedene Methoden für dieselbe angezeigt, jedenfalls eine mehrfache Untersuchung nothwendig. Hier aber werden wir auf die verschiedenen Möglichkeiten und etwaigen Meinungsdifferenzen keine Rücksicht nehmen, sondern von

[1]) Naturrecht, 6. Auflage 1873. I., S. 303.

einer ganz bestimmten Voraussetzung über die Aufgabe der Rechtswissenschaft ausgehen. Von der Voraussetzung nämlich, dass die Aufgabe der Rechtswissenschaft keine andere ist als die der übrigen Wissenschaften.

Dabei setzen wir weiter folgendes als richtig voraus. Aufgabe der Wissenschaft ist, Gewinnung von Wissen, Herstellung von Gewissheit. „Gewissheit kann nun nur dasjenige besitzen was uns entweder unmittelbar als Thatsache gegeben, oder was aus gegebenen Thatsachen in zwingender Weise erschlossen ist.“ [1]) Also hat es die Wissenschaft einzig und allein mit den Thatsachen der Erfahrung, mit den beobachteten Erscheinungen zu thun. Anlass aber, Gewissheit erst herzustellen, findet sich dann, wenn verschiedene Thatsachen sich zu widersprechen scheinen.

Natürlich würde die Wissenschaft wenig leisten, wollte man immer warten, bis sich der Widerspruch der Thatsachen von selbst aufdrängt, ihre Aufgabe ist im Gegentheil die möglichst grosse Zahl der Erscheinungen, ja da das Bedürfniss des menschlichen Geistes nach Erkenntnis ein ausnahmsloses, allgemeines ist, den gesammten Kreis der Erfahrungsthatsachen auf den etwaigen Widerspruch zu prüfen und so jede mögliche Ungewissheit zu beseitigen.

Nachgewiesen wird die Uebereinstimmung der Erscheinungen in der Weise, dass man möglichst genau die Bedingungen festzustellen sucht, unter welchen die einen auf die andern folgen, indem man also durch Ermittlung ihrer

---

[1]) Wundt: Logik, I. 1880, S. 378. Vergl. überhaupt den ganzen Abschnitt über die „Kriterien der Gewissheit.“ Ebenso Bekker: Ueber den Rechtsbegriff in der Zschr. f. vergl. R.w. I., S. 98: „Fassen wir den Ausdruck „wissenschaftlich“ im strengen Sinne, so bedingt er ein Ausgehen von sinnlicher Wahrnehmung, die so zuverlässig sein muss, wie menschliches Können überhaupt gestattet, und ein Aufsteigen mittels einfacher logischer Operationen, die stets nur Nächstbelegenes zu fassen vermögen, jeden Sprung verbieten, dafür aber auch die Gewähr bieten, dass das Erfasste ebenso zuverlässig werde, wie die zu Grunde gelegten Wahrnehmungen sind.“

Entstehungsbedingungen und Wirkungen die ganze Reihe der Erfahrungsthatsachen unter einander zu verknüpfen sucht.

Wir können daher schliesslich als die Aufgabe der Wissenschaft bezeichnen: Aufsuchung der Entstehungsbedingungen und Wirkungen beobachteter Thatsachen.

Dies ist nun der Standpunkt, von dem die nachstehenden Untersuchungen ausgehen. Und die Frage mit der sie sich beschäftigen, kann dahin formulirt werden: welche Methode muss man anwenden, um die Entstehungsbedingungen und Wirkungen jener Erscheinungen, die man als rechtliche bezeichnet, zu erforschen und festzustellen?

Diese Frage soll aber hier nicht so allgemein beantwortet werden wie sie eben gestellt wurde. Vielmehr wird im Folgenden bei den einzelnen Ausführungen immer nur das Privatrecht berücksichtigt werden.

Die Rechtfertigung, nicht des beschränkten Umfanges der Untersuchung, der keiner solchen bedarf, sondern der allgemeinen Fassung der Frage liegt darin, dass das für das Privatrecht gefundene Resultat in der Hauptsache voraussichtlich auch für die andern Schwesterdisciplinen Geltung haben wird, so dass dasselbe doch als Lösung der allgemeinen Frage kann angesehen werden.

§ 2.

Haben wir in der Aufgabe der Rechtswissenschaft das Ziel des Verfahrens fixirt, so müssen wir, bevor wir auf die Art des Verfahrens selbst eingehen, noch dem Ausgangspunkt desselben, dem Gegenstande der Rechtswissenschaft unser Augenmerk zuwenden.

Als solchen haben wir im Allgemeinen bereits jene Erscheinungen angegeben, welche man als rechtliche bezeichnen kann. Es fragt sich nun welches diese Erscheinungen sind?

Und damit könnte es scheinen, als ob wir in all die Controversen verwickelt würden, welche man in letzter Zeit über den Begriff des Rechtes geführt hat. Allein von dem von uns eingenommenen Standpunkt aus, vermeiden wir hier jede Schwierigkeit.

Es genügt für uns, dass die unverhältnissmässig überwiegende Masse der rechtlichen Erscheinung unzweifelhaft feststeht. Und zwar sind dies jene Handlungen des Staates, welche man als Gesetzgebung bezeichnet. Man könnte, wenn man auf das Privatrecht sieht, auch die Handlungen der Richter und Executionsbeamten rechtliche Erscheinungen nennen. Allein dieselben sind nur nothwendige Folgen von den staatlichen Handlungen. Dass jene Beamten thätig werden, ist nothwendig bedingt durch jene Gesetze, welche die Thätigkeit der Staatsmaschine organisiren und regeln, mit deren Betrachtung sich das positive Staatsrecht beschäftigt. Und in welcher Weise sie thätig werden, ist bedingt durch die Regeln des Processes und des Privatrechts. In der Betrachtung der Gesetze ist also die Betrachtung der dadurch bewirkten Handlungen der verschiedenen Beamten bereits eingeschlossen.

Der Schein des Gegentheils könnte nur entstehen aus der abgesonderten Betrachtung eines einzelnen Rechtszweiges. Allein es ist dann nicht zu vergessen, dass die Gesetze in Wirklichkeit ein zusammenhängendes Ganzes bilden, so dass die Wirkungen derselben eng in einander übergreifen; dass man daher auch bei abgesonderter Betrachtung eines einzelnen den ergänzenden Einfluss der übrigen mit berücksichtigen muss.

Die Hauptmasse der rechtlichen Erscheinungen, mit denen sich die Rechtswissenschaft beschäftigen muss, bilden also die staatlichen Gesetzgebungsacte.

Was nun die anderen Erscheinungen betrifft, welche nicht unbedingt als rechtliche bezeichnet werden können, diesen jedoch nahestehen, so ist mit Rücksicht auf die nothwendige Allgemeinheit der Erkenntnis sofort klar, dass auch sie in Untersuchung gezogen und mit den eigentlich rechtlichen Erscheinungen verglichen werden müssen. Ob sie aber, von der Rechtswissenschaft, ob sie von denselben Personen, wie die eigentlich rechtlichen Erscheinungen und im Anschluss an rechtliche Arbeiten mit Vortheil können untersucht werden, ist blos eine Opportunitätsfrage.

Dies gilt für die Erscheinungen welche das Völkerrecht behandelt, die zwar staatliche Handlungen, aber nicht Gesetzgebung sind; und für jene welche das Kirchenrecht behandelt, die nicht staatliche Handlungen, aber doch einer Gesetzgebung sehr ähnlich sind.

Und in gleicher Weise erledigt sich die Frage, welche man in der unglücklichen Formulirung: ob Zwang zum Begriffe des Rechtes wesentlich ist, verhandelt hat. Besteht auch das Privatrecht, wie erwähnt, aus Vorschriften für staatliche Beamte und ebenso das Strafrecht und Processrecht und der Hauptsache nach auch das Staatsrecht, so ist doch die dadurch angeordnete Thätigkeit der Beamten nicht Selbstzweck; sondern nur bestimmt, ein gewisses Verhalten aller Unterthanen zu erzielen. Wäre dieses zu erzielende Verhalten ausdrücklich als Befehl ausgesprochen, so würden die an die Beamten gerichteten Befehle als Drohungen für den Fall des widerrechtlichen Handelns der Unterthanen, also als Zwangsmittel erscheinen. Wenn sich nun im Staatsrecht — und hier allein dürfte es vorkommen — Fälle finden, wo Jemandem ein gewisses Verhalten auferlegt wird, ohne dass ein Zwangsmittel bei entgegengesetztem Verhalten ausdrücklich angeordnet wäre, so wird die Staatsrechtslehre gewiss auch diese Anordnungen gebührend in Betracht ziehen. Ob man ihnen aber den Namen Rechtssätze beilegen soll oder nicht, ist eine blos terminologische Frage ohne die geringsten Consequenzen.

Endlich ist auch eine scharfe Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht vom rein wissenschaftlichen Standpunkt weder nöthig noch möglich. Die praktische Frage nach der Competenz der Civilgerichte muss allerdings entschieden werden, allein diese Entscheidung kann nicht durch die Wissenschaft und den Begriff des Privatrechts, sondern nur durch die Gesetzgebung gegeben werden.

II. Die Methode im Allgemeinen.

§ 3.

Nachdem wir so das Ziel und den Gegenstand der Rechtswissenschaft festgestellt haben, wenden wir uns zu der Art ihres Verfahrens. Dabei müssen wir aber von der Untersuchung der Entstehungsbedingungen der rechtlichen Erscheinungen und von der ihrer Wirkungen abgesondert sprechen.

Die Frage der wir uns zuerst zuwenden, nämlich welches Verfahren bei Erforschung der Entstehungsbedingungen des Rechtes anzuwenden ist? bedarf, wie wir gleich vorausschicken, einer eingehenden selbständigen Beantwortung nicht. Es gilt hier für das Rechtsgebiet dasselbe, was für andere verwandte Gebiete gilt.

Es handelt sich zuerst darum, die Entstehung der rechtlichen Erscheinungen, der Gesetzgebungsacte des Staates, nach Zeit und Umständen zu constatiren. Dieser Aufgabe unterzieht sich die Rechtsgeschichte, und über deren Verfahren ist wohl jede Bemerkung unnöthig.

Weiterhin sind nun die Bedingungen genauer anzugeben welche die Rechtsentstehung regelmässig begleiten. Man fragt also, welche localen und gesellschaftlichen und wirthschaftlichen Verhältnisse bei einer Menschengruppe vorhanden sein müssen, wenn eine gewisse staatliche Ordnung geschaffen wird; welche staatlichen Zustände vorhanden sein müssen, wenn eine gewisse Privatrechtsordnung zur Entstehung gelangt?

Die Frage nach den ersten Anfängen des staatlichen Lebens ist bereits Gegenstand vielfacher Erörterungen gewesen, wir gehen jedoch auf sie nicht ein, da wir nur das Privatrecht berücksichtigen, welches immer schon einen gewissen staatlichen Zustand voraussetzt.

Auch die Frage, welche Umstände die Gestaltung einer gewissen Privatrechtsordnung bedingen, ist schon vielfach untersucht worden, und hier ist man bereits zu einem sicheren

Resultate, zu einem allgemein anerkannten Standpunkt gekommen. „Denn es ist gegenwärtig kein Streit mehr darüber, dass das Recht nicht, wie man es früher betrachtete, ein äusserliches Aggregat willkürlicher Bestimmungen ist, welches der Reflexion des Gesetzgebers seinen Ursprung verdankte, sondern dass es, gleich der Sprache eines Volkes, ein innerlich abgeschlossenes Product der Geschichte ist.“ [1])

Wenn wir die so angedeutete Ansicht weiter ausführen, so gelangen wir zu folgenden Sätzen. Unter den Factoren welche den Inhalt der Privatrechtsordnungen bedingen, spielt regelmässig die allgemeine Ueberzeugung des Volkes, das nationale Rechtsgefühl eine entscheidende Rolle. Dies ist nicht nur dort der Fall, wo das Recht unmittelbar aus dem Volke zu entstehen scheint, wo sich also Einzelpersonen, von denen die Rechtsbildung erweislich ausging, nicht unterscheiden lassen; sondern auch dort, wo dies nicht der Fall ist. Und nicht blos dort, wo das Recht von dem Herrscher in Uebereinstimmung mit der Volksvertretung, sondern auch dort, wo es absolutistisch gesetzt wird. Denn obwol in diesen letzten Fällen der Entschluss des Alleinherrschers und nur dieser das Gesetz schafft, so ist doch unter den Motiven, welche ihn gerade dieses Gesetz schaffen lassen, die Volksüberzeugung wiederzufinden, wenn sie auch nur unbewusst als Gefühl einer gewissen Nothwendigkeit wirksam wird.

Heben wir gleich hervor, dass sich dies nicht nothwendig so verhalten muss. Es sind Ausnahmen möglich sowol in Betreff einzelner Rechtssätze, als auch in Betreff einer ganzen Rechtsordnung. Es ist ja wol denkbar, theilweise vielleicht auch nachweisbar, dass ein Despot in frivoler Laune Gesetze erlässt, welche mit der Ansicht und Ueberzeugung des Volkes in directem, vielleicht beabsichtigtem Gegensatze stehen. Die Entstehungsbedingungen des Gesetzes wären dann in dem Gemüthszustand des Handelnden vollständig beschlossen. Natürlich sind solche Fälle von untergeordneter Bedeutung und nur zu erwähnen, um einem möglichen Einwand zu begegnen.

[1]) Ihering, Geist, I., S. 25.

In den normalen Fällen also hat man gefunden, dass der Inhalt des Privatrechts wesentlich bedingt wird nicht sowol durch die Rücksicht auf den durch das Recht zu erzeugenden Erfolg, sondern durch das Gefühl einer gewissen Nothwendigkeit, welches man eben als Rechtsgefühl bezeichnet.

An diesem Punkte erscheint aber noch eine tiefere Erforschung möglich. Die sogennante historische Schule, welche schon zu dem angegebenen Resultate gelangt war, hatte das zwar geleugnet, und indem sie als Ursache des Rechtsgefühls etwas Dunkles, Unbekanntes, den Volksgeist, angab, auf weitere Fragestellung verzichtet. So sagt Puchta [1]): „Die Entstehung des Rechtes aus dem Volksgeist ist eine unsichtbare. Wer würde es unternehmen den Wegen zu folgen, auf welchen eine Ueberzeugung in einem Volke entspringt, keimt, wächst, sich entfaltet, hervortreibt?“

Allein eine weitere Fragestellung erscheint doch nicht unmöglich, wenn man erwägt, dass der sogenannte Volksgeist nichts anderes sein kann als der Geist aller Glieder des Volkes, die allgemeine Ueberzeugung nichts anderes als die Ueberzeugung aller Einzelnen. Dies vorausgesetzt, so hat man es bei der Entstehung des Rechtes nur mit einer eigenthümlichen Gesammtwirkung von Einzelerscheinungen zu thun, welche an sich gar nicht unerklärbar sind, sondern welche einfach den psychologischen Gesetzen folgen. Die Aufgabe aber besteht nun darin, die Bedeutung der einzelnen an sich unscheinbaren Erscheinungen festzustellen und den unendlich verschlungenen Zusammenhang der von ihnen ausgehenden Wirkungen zu entwirren.

Eine gleiche Aufgabe ergibt sich aber auch auf anderen Gebieten; auch Sprache, Sitte und Religion zeigen die Erscheinung menschlicher Handlungen, bei welchen der Einzelne ganz von der allgemeinen Ueberzeugung, von dem Gefühle einer inneren Nothwendigkeit bestimmt wird. Auch hier also kann die Frage nach der Entstehung dieser allgemeinen

[1]) Institutionen, I. S. 18.

Ueberzeugung erhoben werden und ist sie erhoben worden. Das Problem der Rechtsentstehung stellt sich also als eine besondere Seite eines allgemeineren, des „völkerpsychologischen" Problems dar, welches Lotze [1]) treffend folgendermassen charakterisirt: „Eine Mechanik der Gesellschaft thäte uns Noth, welche die Psychologie über die Grenzen des Individuums hinaus erweiterte und den Gang und die Bedingungen und die Erfolge der Wechselwirkungen kennen lehrte, die zwischen den inneren Zuständen vieler durch natürliche und gesellige Verhältnisse verknüpfter Einzelner stattfinden würden."

In Erwägung nun der allgemeinen Natur dieses Problems dürfen wir wol annehmen, dass auf dem Rechtsgebiete an der Lösung desselben in keiner andern Weise kann gearbeitet werden als auf den übrigen Gebieten, in keiner anderen Weise also, als an der Lösung aller culturgeschichtlichen Fragen überhaupt. Wir können uns daher einer besonderen Erörterung über das anzuwendende Verfahren entschlagen.

Nur das sei bemerkt, dass eine umfassende Rechtsvergleichung gerade für diese Frage eine wichtige Rolle spielen dürfte. Das Rechtsgefühl tritt eben in seiner Einwirkung bei den primitiveren, aus einfachen Verhältnissen erwachsenden Rechtsbildungen viel deutlicher hervor, als bei der modernen Gesetzgebung.

Das erörterte Problem ist aber das einzige, welches sich in Betreff der Rechtsentstehung bisher ergeben hat, das einzige, welches zu der Frage nach dem anzuwendenden Verfahren Anlass bietet. Ob sich noch weitere Probleme ergeben können, ob sich noch andere Factoren werden auffinden lassen, welche neben dem Rechtsgefühl die Entstehung des Rechtes regelmässig und allgemein beeinflussen, diese Frage zu erwägen fällt natürlich nicht mehr in unsere Aufgabe.

---

[1]) Mikrokosmus, III., S. 71.

§ 4.

Haben wir bei den Fragen, welche sich über die Entstehungsbedingungen der rechtlichen Erscheinungen ergeben, keinen Anlass zu specifisch juristischer Arbeit gefunden, so muss der Schwerpunkt der rechtswissenschaftlichen Aufgabe in der Erforschung der Wirkungen des Rechtes gelegen sein. Bevor wir aber an die Frage herantreten, auf welche Weise die Lösung derselben erfolgen kann, wie der Einfluss ermittelt werden kann, den die in einem Staate wirklich geltenden Gesetze auf die Gesammtheit der Lebensverhältnisse in diesem Staate haben, wollen wir versuchen, die Bedeutung dieser Aufgabe und damit die Berechtigung unserer Untersuchung darzuthun.

Dass die vollkommene Erkenntnis der Wirkungen der Gesetze für die Gesetzgebung von Bedeutung wäre, ist klar. Der Gesetzgeber wäre dann dem sogenannten Rechtsgefühl gegenüber viel freier gestellt und hätte festere Gesichtspunkte für seine Entschliessungen.

Doch dass die positive Rechtslehre sich nicht blos mit dem Gesetze selbst, sondern auch mit seinen Wirkungen beschäftigen soll, das könnte man auf den ersten Blick für etwas unerhörtes und ungerechtfertigtes halten. Allein mit Unrecht. Denn genaueres Zusehen zeigt, dass auch bis jetzt die Jurisprudenz in allen Punkten, wo sie über blosses Registriren der vorhandenen Regeln hinausging, nothwendig auf die Wirkungen des Gesetzes Rücksicht genommen hat.

Denn überall, wo es sich um Kritik, um Aufsuchung oder Feststellung eines fehlenden oder zweifelhaften Rechtssatzes handelt, ist das einzige Kriterium, auf welches die Theorie ihre Ansichten stützen kann, die Zweckmässigkeit des durch den Rechtssatz zu erreichenden Zustandes. Dabei macht es natürlich keinen Unterschied, ob dieses wahre Argument ausdrücklich ausgesprochen wird oder nicht.

Ja selbst jene Richtung, welche speciell als dogmatische bezeichnet werden kann, bei welcher man es am wenigsten

vermuthen sollte, beschäftigt sich mit den Wirkungen der Rechtssätze und sucht dieselben zu erklären. Denn wie wir unten ausführen werden, ist es nichts anderes als die Wirkung eines Rechtssatzes für den dadurch Begünstigten, die man als subjectives Recht bezeichnet. Und Feststellung und Erklärung der subjectiven Rechte ist ja die Arbeit der Dogmatik des Privatrechts.

Es ist also nichts neues und unerhörtes, wenn wir der positiven Rechtswissenschaft zumuthen, dass sie sich ausser mit dem geltenden Gesetze auch mit den Wirkungen desselben beschäftigen solle. Der Unterschied liegt nun darin, dass man bisher auf die Wirkungen des Rechtes nur gesehen, wo eine praktische Frage dazu drängte; während wir zuerst die Wirkungen im Allgemeinen untersuchen wollen, woraus sich dann die Beantwortung aller praktischen Fragen von selbst ergeben muss.

Es kann nicht zweifelhaft sein, dass unser Vorgehen auch praktisch richtiger ist; denn bei so complicirten Verhältnissen wie sie bei den Wirkungen des Rechtes vorliegen, kann eine nur stellenweise und nur beiläufig vorgenommene Betrachtung nie zu sicheren und verlässlichen Resultaten führen. Und es ist gewiss auf diesen Umstand zurückzuführen, dass die juristische Argumentation in allen Fällen eine ziemlich unsichere und mehr von dem Gefühl als von Gründen geleitete ist.

Allein wir können noch weiter gehen und nachweisen, dass eine umfassende und vollständige Erforschung der Wirkung des Privatrechts direct zur Beantwortung von praktischen Fragen gefordert ist. Dieser Nachweis lässt sich leicht an der Lehre von den Rechtsquellen erbringen.

Die Lehre von den Rechtsquellen hat, wenn wir im Privatrecht Vorschriften für den Richter sehen, die Frage zu beantworten, nach welchen Regeln entscheidet der Richter? Richten wir unsern Blick auf die gegenwärtigen Verhältnisse,

so erscheint die Beantwortung dieser Frage höchst einfach. Denn das Recht ist Gesetzesrecht, es ist als solches in seinem Umfange officiell constatirt, und damit ist die vom Richter anzuwendende Regel ausser Zweifel gestellt.

Allein es gibt, wenn auch verhältnismässig wenige, so doch unzweifelhafte Fälle, wo Rechtssätze angewendet werden, welche nicht im Gesetze gegeben sind. Und die Lehre von den Rechtsquellen zählt darum auch gegenwärtig noch neben dem Gesetze Gewohnheitsrecht und durch Analogie gefundenes Recht auf, mag man dieses nun wissenschaftliches oder Juristenrecht nennen.

Es fragt sich nun, handelt der Richter, der in diesen Fällen urtheilt, auch in Befolgung eines staatlichen Befehls? Bedenklich könnte die Bejahung dieser Frage nur insoferne erscheinen, als dem Richter ausdrücklich nur die Beachtung der im Privatrechts-Gesetz enthaltenen Regeln aufgetragen ist. Allein selbst dies Bedenken trifft in manchen Fällen nicht zu.

Denn der berühmte Artikel 4 des französischen Civilgesetzbuches, der dem Richter bei Strafe gebietet, in allen Civil-Rechtssachen zu entscheiden, spricht so deutlich als möglich den Befehl aus, dass der Richter neben den Regeln des Gesetzbuches auch nach seinem eigenen Ermessen handeln solle.

Und dasselbe enthalten die §§ 6, 7 des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches, nur dass in denselben noch angegeben wird, durch welche Mittel der Richter, wenn die gesetzliche Norm fehlt, seine Entscheidung gewinnen soll.

In diesen und in ähnlichen Fällen also findet sich neben den eigentlichen privatrechtlichen Vorschriften auch eine, die als privatrechtliches Blankettgesetz bezeichnet werden könnte, die dem Richter eine freie Entscheidung für eine Reihe noch unentschiedener Fälle einräumt. Es hindert aber nichts, wenn ein solches Blankettgesetz auch nicht besonders ausgesprochen ist, schon in der Aufstellung einer allgemeinen Rechtsordnung einen genügenden Ausdruck dafür zu finden. Und diese Annahme erscheint als eine so berechtigte, ja selbstverständliche, dass

es in den Fällen, wo die Anwendung der Analogie sollte ausgeschlossen werden, immer nöthig war, dies bei Aufstellung der Rechtsordnung ausdrücklich zu verordnen.

Die gleiche Auffassung lässt sich aber auch in Bezug auf das Gewohnheitsrecht durchführen. Denn die Thätigkeit des Richters ist bei den gewohnheitsrechtlichen und den durch Analogie gefundenen Sätzen wesentlich dieselbe, er trifft eine Entscheidung, welche im Gesetze nicht unmittelbar begründet ist. Der Unterschied liegt nur darin, dass der Inhalt der Entscheidung dort durch eine wissenschaftliche Deduction, hier durch andere Erwägungen und Umstände bestimmt wird. Welche Umstände bei den gewohnheitsrechtlichen Sätzen in Betracht kommen, mag hier, da wir nicht eine ausgeführte Theorie der Rechtsquellen geben, sondern nur die Schwierigkeiten einer solchen aufzeigen wollen, dahingestellt bleiben. Gewiss ist, dass auch bei dem Gewohnheitsrecht der Annahme eines Blankettgesetzes nichts im Wege steht. [1])

Das also wäre gerade keine Schwierigkeit, die urtheilende Thätigkeit des Richters in allen Fällen auf den ausgesprochenen oder vermutheten Staatswillen zurückzuführen. Eine solche ergibt sich aber aus der weiteren Erwägung, dass der Gesetzgeber doch offenbar nicht willkürliche, unzusammenhängende Bestimmungen geben wollte, dass er vielmehr eine einheitliche, gleichmässige Regelung aller Verhältnisse im Sinne haben musste. Wie kann er nun erwarten, dass die freien richter-

[1]) Einen ähnlichen Standpunkt vertritt schon Reinhold Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts 1848, der im Gegensatz gegen die historische Schule blos positives, staatliches Recht anerkennt, richtiger blos auf die Staatsthätigkeit im Rechtsgebiet seine Betrachtung beschränkt. — Die hier angedeutete Theorie der Rechtsquellen dürfte auch der von Binding vertretenen ziemlich nahe kommen, obschon die kurzen Bemerkungen desselben in den Normen I, S. 66 fg., keine sichere Auskunft geben. Nur dass hier die Unterscheidung von „gesetztem und ungesetztem Recht“ nicht gemacht wurde, die nur unnöthig oder irreführend sein kann, die auch von Binding nur einer unten zu widerlegenden Ansicht über die sogenannten „Normen“ zu Liebe erfunden scheint. S. unten, § 15.

lichen Entscheidungen untereinander und mit dem Gesetze einheitlich zusammenstimmen werden?

Es ist das nur möglich unter der Voraussetzung, dass die im Gesetze gegebenen Entscheidungen in einem Zusammenhange stehen, in welchen auch die Entscheidungen der noch nicht geregelten Verhältnisse sich einfügen können; sowie, dass es dem Richter, möglich ist diesen Zusammenhang und danach die Angemessenheit der von ihm zu findenden Entscheidung zu erkennen und zu beurtheilen.

Die erwähnten Blankettgesetze werden also dahin aufzufassen sein, dass der Richter, wo eine ausdrückliche Norm fehlt, jene Entscheidung treffen solle, welche in den Zusammenhang der gegebenen gesetzlichen Entscheidungen hineinpasst.

So kommen wir zu der Frage, wie kann der Richter den vorausgesetzten Zusammenhang des Privatrechts erkennen?

Ersetzen wir den vagen Ausdruck Zusammenhang durch einen andern, logisch fassbareren, so kann er nur besagen, das allen einzelnen Rechtssätzen ein gemeinsames übereinstimmendes Merkmal zukommt.

Ein solches Merkmal kann nun ausschliesslich nur in einer gewissen Gleichartigkeit ihrer Wirkungen bestehen. Denn in welcher anderen Beziehung könnte man wol zwischen einem Satze über den Kauf und einem aus dem Erbrecht eine Gleichheit herausfinden? Die Rechtssätze sind nichts als Vorschriften, was in einem gewissen Falle geschehen solle, und zwischen den Vorschriften selbst, die für verschiedene Fälle gegeben sind, kann natürlich keine Gleichheit oder Vergleichbarkeit bestehen. Wol aber zwischen ihren Wirkungen.

Betrachtet man die Verhältnisse, auf welche die verschiedenen Rechtssätze einwirken, und die Veränderungen, welche durch die letzteren hervorgebracht werden, so dürfte sich feststellen lassen, ob die Veränderung in allen Fällen in demselben Sinne, in derselben Richtung stattgefunden hat, ob also die Einwirkung der verschiedenen Rechtssätze eine gleichartige ist. Erst dann aber, wenn dies festgestellt ist, wird der

Richter mit Sicherheit die Entscheidung erkennen können, welche er zur Ergänzung des Gesetzes zu fällen hat.

Dass aber die Auffindung und Feststellung einer allen Rechtssätzen gleichmässig zukommenden Wirkung nicht so nebenher, sondern nur durch eine umfassende und zielbewusste Untersuchung gelingen kann, das kann nicht zweifelhaft sein. So führt also auch eine praktische Frage nothwendig zu jener Aufgabe, welche wir als die specifisch wissenschaftliche erwiesen haben.

Hier erübrigt nur noch der Nachweis, dass die Art, wie man bisher die analogischen Entscheidungen begründet hat, ganz unzureichend und nicht auf zwingende Schlüsse basirt war.

Es ist dies von Autoritäten ziemlich deutlich ausgesprochen worden. So sagt Savigny [1]: „Jede Anwendung der Analogie beruht auf der vorausgesetzten inneren Consequenz des Rechtes: nur ist diese nicht immer blos logische Consequenz, wie das reine Verhältniss von Grund und Folge, sondern zugleich eine organische (?) die aus der Gesammtanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder hervorgeht.“ Und Brinz [2]: „Im Gegensatze zur logischen Folgerung aber ist die analogische überall keine logische Nothwendigkeit, sondern wo sie geboten ist, eine Forderung der Gerechtigkeit.“

Aber auch ein Nachweis ist für unsere Behauptung leicht zu erbringen. Der Gedankengang bei der Rechtfindung durch Analogie war bisher folgender: „Man vergleicht den normirten und den fraglichen Thatbestand und findet, dass ihre Unterschiede so nebensächlich sind, dass der Gesetzgeber ihnen gewiss keinen Einfluss auf die legislative Entscheidung eingeräumt hätte.“ [3])

Ob man zu dieser Vergleichung eine einzelne gesetzliche

---

[1]) System I., S. 292.

[2]) Pandecten. 2. Aufl. I., S. 129.

[3]) Pfaff-Hoffmann, Commentar zum österreich. a. b. G. B. I. 1. S. 191.

Entscheidung verwenden kann, oder ob man erst aus mehreren bekannten Entscheidungen durch Aussonderung der „nebensächlichen Umstände“ einen höheren Rechtssatz, die sogenannte *ratio juris* gewinnen muss, um den unbekannten Fall dann damit zu vergleichen, das begründet keinen Unterschied in der Schlussfolgerung.

Diese lautet in beiden Fällen so: Wenn Jemand in diesem Falle so handelt, so dürfte er in jenem Falle entsprechend handeln. Dabei wird also allerdings eine einheitliche, gleichmässige Absicht des Gesetzgebers vorausgesetzt, allein diese Absicht selbst wird nicht constatirt, man schliesst blos, dass dieselbe unter gleichen Umständen zu der gleichen Handlungsweise, zu der gleichen Entscheidung veranlassen würde.

Diese Folgerung wäre nun an sich tadellos, allein die Frage ist dabei immer: Wann sind wirklich „gleiche Umstände“ vorhanden? Oder welche Umstände sind „nebensächlich?“ Und bei dieser Frage müsste man natürlich auf den Standpunkt des Gesetzgebers sehen, man müsste also, wenn nicht eine präcise Bestimmung, so doch eine allgemeine Andeutung darüber haben, welche Umstände für den Gesetzgeber wirklich relevant sind, wirklich Motive für ihn enthalten.

Gewiss muss Jeder, der einen analogischen Rechtssatz aufstellt, über diesen Punkt wenigstens dunkle Vorstellungen haben. Allein das genügt nicht um Andere von der Richtigkeit seiner Ansicht zu überzeugen, und so bleibt hier eine Lücke in der Argumentation.

Und darum versagt das bisherige Verfahren gerade in den wichtigeren Fällen, wo man auf „höhere, darum auch vagere, in ihrer unmittelbaren Anwendung auf concrete Fälle nicht mehr ganz zuverlässige Rechtsgedanken zurückgehen muss,“ den Dienst, und es kommt schliesslich doch nur „auf die Einsicht und den Takt des Interpreten an“; es werden die juristischen Erwägungen von Gründen getragen, deren Werth man mehr fühlen als logisch ermessen kann.

Das Resultat dieses Abschnittes ist also, dass die positive Rechtslehre bei jedem Schritt, den sie über das unmittelbar

Gegebene hinaus machen will, auf die Ergründung der Wirkungen der Rechtssätze angewiesen ist. Dass sie aber solch einen selbständigen Schritt nur dann mit Sicherheit wird thun können, wenn diese Ergründung der Wirkungen des Rechts eine sichere, wissenschaftliche und nicht blos eine empirische sein wird.

§ 5.

Um nun die Frage zu beantworten, welche den Kernpunkt unserer Ausführungen bildet, in welcher Weise eine wissenschaftliche Ergründung der Wirkungen des Privatrechts erfolgen kann, müssen wir das Ziel der wissenschaftlichen Arbeit, das wir im Eingange nur allgemein charakterisirt haben, genauer präcisiren.

Die Wissenschaft sucht die durchgängige Harmonie der Erfahrungsthatsachen dadurch zu erweisen, dass sie die Bedingungen angibt, unter welchen die einen den andern folgen und folgen müssen. Ihr Streben geht aber dahin, das Bedingungsverhältnis zwischen den verschiedenen Thatsachen mit möglichster Genauigkeit zu erkennen und ihr Ideal ist in dieser Beziehung jene Erkenntnis, welche man als Gesetz bezeichnet. „In voller logischer Form ist Gesetz ein allgemeines hypothetisches Urtheil, welches sagt: Wenn U (Ursache) ist oder gilt, gilt oder ist auch W (Wirkung) und allemal wenn U um eine bestimmte Differenz $d\,U$ sich in U^1 verwandelt, verändert sich auch W in W^1 um eine bestimmte von $d\,U$ abhängige Differenz $d\,W$.“ [1])

Auffindung eines so genau präcisirten Resultates erscheint also als das letzte, ideale Ziel der Wissenschaft. Allein abgesehen davon, dass die Erreichung dieses Ideals auf manchen Gebieten, und darunter auch auf dem Rechtsgebiet, wol nie in Aussicht steht, müssen vor Erreichung des letzten Zieles in allen Fällen mehrere andere Stufen durchschritten werden, muss man sich zuerst mit der Gewinnung einfacherer Resultate von minderer Genauigkeit begnügen.

[1]) Lotze, Logik, S. 379.

Es ist daher selbstverständlich, dass wir bei der Frage nach dem Verfahren der Rechtswissenschaft nicht gerade den letzten, sondern den ersten, einfachsten Schritt, den dieselbe machen muss, ins Auge fassen werden.

Der erste Schritt, den die streng wissenschaftliche Forschung zu thun hat, ist die Aufstellung von allgemeinen Sätzen, welche besagen, dass einer Gruppe von Erscheinungen eine gewisse Eigenschaft allgemein und nothwendig zukommt. Hierüber ist aber zweierlei zu bemerken.

Erstens, dass nicht jeder allgemeine Satz als ein wissenschaftliches Resultat, als eine Vorstufe zur Gewinnung von Gesetzen erscheint. Dazu ist vielmehr erforderlich, dass die an einer Reihe von Erscheinungen gleichmässig vorkommende Eigenschaft auch in allen Fällen auf eine und dieselbe Ursache zurückgeführt werden kann. Denn nur darin, in der Folgerung nämlich, dass jene Eigenschaft durch eine bestimmte andere Erscheinung nothwendig bedingt ist, kann eine wissenschaftliche Erkenntnis liegen.

Und wenn wir auf den Zusammenhang aller Erscheinungen Rücksicht nehmen, so müssen wir noch weiter gehen und verlangen, dass die behauptete allgemeine Eigenschaft einer Erscheinungsgruppe sich auf die Entstehungsbedingungen dieser Erscheinungen zurückführen lasse. Dann hat also nur jener allgemeine Satz wissenschaftlichen Werth, der sich weiterhin mit anderen Erkenntnissen in Verbindung bringen lässt.

Zweitens ist zu beachten, dass ein Beweis für die Allgemeinheit einer Eigenschaft nur dadurch geführt werden kann, dass man ihr Vorhandensein durch Beobachtung an jeder einzelnen Erscheinung darthut. Ein anderer Beweis als dieser, den man als inductiven bezeichnet, ist für die Wissenschaft, die blos von der Erfahrung ausgeht, nicht denkbar. Eine selbstverständliche Consequenz aber ist es, dass ein allgemeiner Satz nur dann Werth hat, wenn er eine Eigenschaft constatirt, welche sich an den einzelnen Fällen beobachten und so beweisen lässt.

Die erste Aufgabe der positiven Rechtswissenschaft muss es also sein, über ihren Stoff einen allgemeinen Satz aufzustellen. Es ist aufzusuchen, welche Eigenschaft allen Sätzen einer gegebenen Rechtsordnung in gleicher Weise zukommt. Und da nun, wie wir oben bereits erwähnt haben, eine Gleichartigkeit der Rechtssätze nur so denkbar ist, dass sie in gleicher Weise wirken, so ist zu suchen, welche gleichartige Wirkung sämmtlichen Rechtssätzen zukommt.

Damit, dass wir die Aufgabe der Rechtswissenschaft so genau bestimmt haben, ist zugleich schon die Art und Weise ihres Verfahrens gegeben. Dasselbe ist nothwendig ein inductives und wir haben daher einfach die logischen Sätze über das inductive Verfahren hier in Anwendung zu bringen.

Als das einfachste könnte erscheinen, dass man die Wirkungen der Rechtssätze in möglichst grosser Zahl zu constatiren und dann durch Vergleichung derselben ihre Gleichartigkeit zu ermitteln sucht. Allein dieses Vorgehen wäre ziemlich aussichtslos. Denn wer dürfte hoffen, wenn er einen Blick auf die Verhältnisse der modernen Culturstaaten geworfen hat, die Einflüsse der Rechtsordnung mit einiger Vollständigkeit und mit jener Genauigkeit constatiren zu können, welche eine einfache Vergleichung erfordern würde?

Der Weg, der bei solchen Arbeiten auf allen Gebieten eingeschlagen wird, ist gerade der entgegengesetzte. Wenn nämlich über ein Erscheinungsgebiet eine gewisse Summe von Erfahrungen sich angesammelt hat, welche zwar bei weitem nicht genügend ist zu einer wissenschaftlichen Erkenntnis, welche aber doch einen allgemeinen Ueberblick gewährt, so wird nicht ohneweiters planlos an die Aufsuchung und Sammlung neuer Erfahrungen gegangen. Sondern man versucht zunächst sich eine Vorstellung über den gesetzlichen Zusammenhang, der möglicher oder wahrscheinlicher Weise dieses Gebiet beherrscht, zu bilden. Und jetzt erst sucht man jene neuen Erscheinungen auf, an welchen sich die Richtigkeit des vorausgesetzten Zusammenhanges am sichersten erproben muss.

In dieser Weise wird auch die Rechtswissenschaft vorgehen müssen. Sie wird also auf Grund der bisher bekannten Thatsachen eine Vermuthung zu gewinnen suchen, in welcher Richtung die Wirkung der Rechtssätze eine gleichartige sein dürfte und dann erst zur Erprobung dieser Vermuthung die Wirkungen der Rechtssätze weiter im Einzelnen zu constatiren suchen.

Aufsuchung einer leitenden Idee für das inductive Verfahren, und Erprobung dieser Idee durch die durchzuführende Induction, das ist im Allgemeinen der Gang des von der Rechtswissenschaft einzuhaltenden Verfahrens. Es erübrigt aber noch die Frage, ob sich für die beiden Arbeiten die wir unterscheiden müssen, feste Anhaltspunkte geben lassen?

Was die Aufstellung einer leitenden Idee für das inductive Verfahren betrifft, so ist nur auf das hinzuweisen, was wir eben über die nothwendigen Erfordernisse der allgemeinen Sätze ausgeführt haben. Die Idee stellt ja einen allgemeinen Satz als wahrscheinlichen und zu beweisenden hin, sie darf nur einen solchen Satz aufstellen der, wenn bewiesen, wissenschaftlichen Werth hätte.

Ausserdem aber lassen sich hier keine festen Regeln aufstellen. Die Logik kann ja nur Regeln andie Hand geben, wie man Beweise für einen Satz erbringen kann. Darum aber handelt es sich hier nicht, die zu suchende Idee soll nur provisorische Geltung haben, soll erst später bewiesen werden. Die Auffindung derselben fällt also nicht der beweisenden, sondern der erfindenden Gedankenthätigkeit anheim. „Die Auffindung eines allgemeinen Gesetzes für eine Gruppe von Erscheinungen ist jederzeit eine Leistung der errathenden Einbildungskraft; ein sicheres logisches Recept gibt es dafür nicht."

Es bleibt uns also in Betreff dieses Punktes nur die Aufgabe, die bisher bekannten Umstände anzugeben, welche als Anhaltspunkt und Fingerzeig für die Aufstellung einer solchen leitenden Idee dienen können; anzugeben, welche Richtung die privatrechtliche Forschung auf Grund der gegen-

wärtigen Erkenntnis einschlagen dürfte. Dieser Aufgabe ist das folgende Capitel über den Zusammenhang des Privatrechts gewidmet.

Ueber den zweiten Punkt, den inductiven Beweis des vermutheten Zusammenhanges, ist nur zu bemerken, dass derselbe, hier wie fast immer, nicht in einer vollständigen, sondern in einer unvollständigen Induction bestehen wird. Es wird eben nie möglich sein, die Wirkung sämmtlicher einzelner Rechtssätze in Betracht zu ziehen. Man wird sich begnügen müssen an einer grösseren Anzahl, die übereinstimmende Wirkung zu erweisen. Dass dieser Beweis als ein vollständiger erscheinen kann, hängt von der richtigen Auswahl der wirklich constatirten Fälle ab. Allein wie dieselben zu wählen sind, darüber lässt sich nur mit Rücksicht auf die Natur des Gegenstandes und nicht von vornherein entscheiden. Zu allgemeinen Regeln, welche die wirkliche Ausführung der inductiven Arbeit erleichtern würden, ist eben die Logik nicht gelangt.

Nur ein Punkt erscheint einer allgemeineren Untersuchung ebenso zugänglich wie bedürftig, die Form, in welcher der Rechtsstoff zum Zwecke der wissenschaftlichen Bearbeitung darzustellen ist. Diesen Punkt, für welchen die Consequenzen der bisherigen Ausführungen zur entscheidenden Anwendung kommen müssen, soll das letzte Capitel behandeln.

III. Der Zusammenhang des Privatrechts.

§ 6.

Versuchen wir uns zu orientiren, welche Umstände bei dem gegenwärtigen Stande unserer Erkenntnis für denjenigen in Betracht kommen müssten, der, um die wissenschaftliche Bearbeitung einer gegebenen Privatrechtsordnung in Angriff zu nehmen, über die Wirkungen derselben und ihre muthmassliche Gleichartigkeit sich Rechenschaft geben wollte.

Dafür, dass sich eine solche Gleichförmigkeit, eine allgemeine Eigenschaft der Rechtssätze vorfindet, spricht speciell beim Privatrecht dasjenige, was wir oben über die Lehre von den Rechtsquellen ausgeführt haben. Im Allgemeinen aber das, dass gar kein Umstand vorliegt, warum jene Gesetzmässigkeit, die man bei einfacheren Naturvorgängen beobachtet, nicht auch bei den grossartigen Erscheinungen des menschlichen Handelns vorliegen sollte.

Eine Beobachtung nun, von welcher man wol immer noch bei der Betrachtung des Rechtes ausgegangen ist, ist die, dass die Wirkung desselben eine wolthätige ist Allein diese Beobachtung ist völlig vage, sie bedarf, um für unsern Zweck einen Anhalt zu bieten, in doppelter Beziehung eine genauere Bestimmung.

Eine wolthätige Wirkung übt nämlich schon der Umstand, dass eine gewisse Rechtsordnung vorhanden ist, ohne Rücksicht auf deren Beschaffenheit im Einzelnen. Da wir aber im Privatrecht nicht sowol die Thatsache, dass Recht gesprochen wird, sondern nur die specielle Seite desselben, wie Recht gesprochen wird, in Betracht ziehen, so müssten wir vor allem wissen, ob nicht etwa das Wie der Rechtsordnung die günstige Wirkung gar nicht beeinflusst oder gar vermindert? Das Gegentheil wird nur dort mit einiger Zuversicht zu vermuthen sein, wo wir factisch die günstigsten staatlichen Zustände,

die wir überhaupt kennen, vorfinden, also bei den Privatrechtsordnungen der modernen Culturstaaten. Und natürlich bei der Römischen, welche die Grundlage der meisten davon bildet.

Die Annahme einer gleichmässig günstigen Wirkung kann also nur in gewissen Fällen mit einiger Wahrscheinlichkeit gemacht werden. Eine wissenschaftliche Bearbeitung, welche von dieser Annahme ausgehen würde, müsste sich daher auf diese Fälle beschränken, die übrigens auch in anderer Beziehung einer Untersuchung leichter zugänglich sind.

Eine günstige Wirkung äussert das Privatrecht aber in verschiedenen Richtungen, in welcher davon werden wir die charakteristische Eigenschaft desselben zu suchen haben? Zwei Möglichkeiten ergeben sich da. Man kann sich dabei auf den Standpunkt des Einzelnen oder auf den der Gesammtheit stellen.

Das Wol, das individuelle Interesse des Einzelnen, der in privatrechtlichen Verhältnissen steht, das war der Gesichtspunkt, unter welchem die positive Rechtslehre bisher fast ausschliesslich den Inhalt der Rechtsordnung zu begreifen suchte. Erst in neuerer Zeit hat man den Versuch erwogen, bei der Betrachtung des Privatrechtes lediglich von der Wirkung auszugehen, die dasselbe auf den Zustand der staatlichen Gemeinschaft hat.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, in eine Erörterung der beiden Standpunkte einzugehen, wir wollen nur darauf hinweisen, dass sich die Unzulänglichkeit des subjectivistischen Standpunktes an manchen Punkten deutlich zeigt, im übrigen aber auf die glänzenden Ausführungen Iherings [1]) über die gesellschaftliche Natur der Privatrechte uns berufen. Wir setzen daher für unsere weiteren Erwägungen den zweiten als den wahrscheinlicheren voraus.

Auf Grund dieser Annahme kommen wir nun zu der weiteren Frage: An welchem Punkte der complicirten staatlichen Verhältnisse tritt die vermuthete, gleichmässig wol-

[1]) Zweck im Recht, S. 501 fg.

thätige Wirkung des Privatrechtes hervor, an welchem Punkte kann sie beobachtet und erwiesen werden?

Wir können natürlich nicht alle denkbaren Möglichkeiten erwägen, sondern nur betrachten, welche Anfänge in der Erkenntnis der Wirkungen des Rechts bereits gemacht worden sind.

Hier kommen zunächst die Versuche, den Zusammenhang des Rechts zu erkennen, in Betracht, die von den verschiedenen rechtsphilosophischen Systemen ausgegangen sind. Dieselben gelangen nämlich dazu, eine gewisse allgemeine Eigenschaft des Rechtes, ein demselben zu Grunde liegendes Princip zu behaupten. Und wenn die dafür beigebrachten philosophischen Gründe auch vom Standpunkte der positiven Wissenschaft nicht das Vorhandensein jener Eigenschaft genügend nachweisen, so könnten sie doch eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür darthun, und wir werfen deshalb einen Blick auf dieselben.

Trotz der Verschiedenheit ihrer Formulirung treffen die einzelnen Ansichten doch in der Hauptsache zusammen. Es wird als Aufgabe und Zweck des Rechtes die Realisirung eines Zustandes bezeichnet, dessen genauere Bestimmung aus der Idee der Freiheit oder der Vernunft oder aus ähnlichen ethischen Begriffen deducirt wird. Danach würde die charakteristische Wirkung des Rechts in einer Förderung des sittlichen Gesammtzustandes im Staate bestehen.

Es wäre nun ganz gut denkbar, dass sich eine gleichförmige Einwirkung einer Privatrechtsordnung in der Richtung auf einen idealen ethischen Zustand constatiren liesse. Umsomehr als wir ja factisch auch auf ethische Momente Rücksicht nehmen, wenn wir die beobachteten Culturzustände vergleichen und ihnen eine höhere oder niedere Stufe zusprechen.

Allein es ist noch keinem Systeme gelungen, aus seinem Rechtsprincipe die ideale Gestaltung aller Lebensverhältnisse so zu deduciren, dass es möglich wäre, die von dem geltenden Recht factisch bewirkte Gestaltung damit zu vergleichen.

Es ist nicht gelungen, überzeugend darzuthun, welche Regeln etwa über die Verjährung oder den Kauf „vernunftgemäss“ sind. So lange das aber nicht der Fall ist, kann man eine Rechtsordnung nicht darauf hin untersuchen, ob sie selbst „vernunftgemäss“ ist. Und dadurch ist die Möglichkeit, einen streng wissenschaftlichen Beweis für die philosophischen Ideen zu erbringen, abgeschnitten, und dieselben haben für die positive Rechtswissenschaft wenigstens unmittelbar keinen Werth.

Viel wichtiger dagegen ist der von der Volkswirthschaftslehre ausgehende Versuch, den Einfluss auf die wirthschaftlichen Zustände zu erforschen. Die Volkswirthschaftslehre steht zwar noch in ihrer Entwicklung und ist insbesondere in Bezug auf diesen Punkt zu festen Resultaten noch nicht gelangt. Allein wir werden doch wenigstens der Art, wie sie in unserer Frage vorgeht, erhöhte Beachtung schenken müssen. Schon darum, weil wir hier den bis jetzt einzigen Anhaltspunkt haben, zu dem Ziel, das wir uns gesteckt, zu gelangen. Wir werden also fragen, auf welchem Standpunkt ist die Volkswirthschaftslehre heute angelangt, und welche Resultate lassen sich von ihr erwarten?

§ 7.

Die Volkswirthschaftlehre beschäftigt sich, wenn sie streng wissenschaftlich vorgeht, damit, die Entstehungsbedingungen der wirthschaftlichen Erscheinungen zu ermitteln. Sie beschäftigt sich also unter anderem auch mit dem Einfluss, den die Rechtsordnung auf die wirthschaftlichen Zustände in einem Staate hat.

Aber zur Berücksichtigung dieses Theils ihrer Aufgabe ist die Volkswirthschaftslehre erst seit kurzer Zeit gelangt. Denn die ältere Richtung hat sich ausschliesslich auf die Frage beschränkt, welche Umstände die Erzeugung der Güter, die Production bedingen? Es ist wol erklärlich, dass man bei den ersten Versuchen die wirthschaftlichen Erscheinungen zu untersuchen, sich bestrebte, dieselben zunächst unter möglichst einfachen Bedingungen zu betrachten. Man nahm daher

auf die möglichen Verschiedenheiten der staatlichen Rechtsordnung keine Rücksicht. Oder vielmehr, da dies doch nicht ganz möglich war, man ging von einer bestimmten Rechtsordnung, einer gegebenen Rechtsbasis aus und sah deren Wirkungen als gegeben und selbstverständlich an. Diese vorausgesetzte ideale oder fictive Rechtsordnung beruhte auf allgemeiner persönlicher Freiheit, einem völlig unbeschränkten Eigenthum, voller Vertragsfreiheit und vollem Erbrecht. Fictiv war dieselbe, weil sie sich in der Weise wie das „System der freien Concurrenz" sie forderte, nirgends noch verwirklicht gefunden hat, selbst nicht in den europäischen Culturstaaten, deren neuere Entwicklung durch die genannte Theorie wesentlich beeinflusst wurde.

In diesem Stadium bot die Volkswirthschaftslehre natürlich für unsere Aufgabe wenig Anhalt dar. Gleichwol wurde der wirthschaftliche Einfluss des Rechtes, wo er leicht zu erkennen war, beobachtet. So hat man zwischen den verschiedenen Stufen des Verkehrslebens, die man deutlich unterscheiden konnte, z. B. Tausch-, Geld-, Credit-System und zwischen manchen Rechtssätzen einen Zusammenhang aufzufinden vermocht, besonders auf den schnellerer Veränderung unterworfenen Rechtsgebieten, z. B. dem Vertragsrecht oder Pfandrecht[1]).

Die neuere Schule der Nationalökonomie hat die bisherige Beschränkung auf die Probleme der Production fallen gelassen, sie zieht auch die Probleme der Vertheilung der wirthschaftlichen Güter in den Kreis ihrer Untersuchung. Sie nimmt also auch die Frage auf: von welchen Umständen hängt es ab, dass die erzeugten Güter bestimmten Personen zur Verfügung und Genuss zugetheilt sind und welche Wirkung hat diese Gütervertheilung wieder weiterhin?

---

[1]) In diesem Stadium war man auf ähnliche ungenügende Argumentationen angewiesen, wie sie Dankwardt, Nationalökonomisch-civilistische Studien, 1862, S. 8, schildert: „Ich streiche den Rechtssatz aus, betrachte ihn als nicht vorhanden und untersuche nun mit Hilfe volkswirthschaftlicher Einsicht, welche Uebelstände dadurch im gesellschaftlichen Organismus entstehen".

Nothwendig ist diese Erweiterung des Untersuchungsgebietes einmal darum, weil „eine bestimmte Art der Vertheilung des Volkseinkommens zugleich eine massgebende Bedingung für eine bestimmte Art der Production und innerhalb gewisser Grenzen selbst für die Höhe der genannten Production ist, weil also Production und Vertheilung des Volkseinkommens immer in Wechselwirkung stehen“ [1]). Vor allem aber, weil man zwar zum Zwecke leichterer Untersuchung vorläufig die Entwicklung der Gütererzeugung ohne Rücksicht auf die Vertheilung in's Auge fassen kann, weil aber damit eine Erklärung des wirklichen Güterlebens, der thatsächlichen wirthschaftlichen Zustände noch nicht erreicht ist und diese doch das Ziel der wissenschaftlichen Untersuchung bildet.

Indem nun die Gütervertheilung in erster Linie von den staatlichen Zuständen, von der geltenden Rechtsordnung abhängt, ist die Volkswirthschaftslehre in ihrer neuen Richtung nothwendig auf die Frage nach der Wirkung des Rechtes, insbesondere natürlich des Privatrechtes gewiesen. Sie muss daher auch die möglichen Verschiedenheiten desselben in Betracht ziehen, muss Freiheit und Unfreiheit, Unbeschränktheit des Eigenthums und Beschränkung desselben in jeder Richtung bis zum theilweisen oder völligen Ausschluss des Privateigenthums als Möglichkeiten ansehen, deren Wirkung entweder beobachtet oder doch gedacht und beurtheilt werden kann.

Wenn aber die Volkswirthschaftslehre sich auch wie die Rechtswissenschaft mit den Wirkungen des Rechtes beschäftigt, so könnte man meinen, dass nun die Arbeiten der beiden Disciplinen zusammenfallen. Doch es ist nicht zu vergessen, dass die Detailuntersuchungen auf beiden Gebieten ganz verschiedene Ausgangspunkte, und darum verschiedenen Charakter haben. Insbesondere kann nur vom juristischen Standpunkt aus untersucht werden, wie die Wirkungen der einzelnen Rechtssätze zusammenhängen und einander ergänzen.

Das aber steht allerdings ausser Zweifel, dass die beiden

[1]) Wagner a. a. O. S. 116.

Disciplinen in Folge der Gemeinsamkeit ihrer Aufgabe in einem engen Zusammenhange stehen.

Darum wird es unerlässlich sein, mindestens die von der andern Seite her gefundenen Resultate zu kennen. Diese Forderung ist freilich insoferne nicht ganz neu, als es dem juristischen Theoretiker immer nothwenig war, richtige Anschauungen über die wirthschaftlichen Verhältnisse zu besitzen [1]). Allein diese Anschauungen waren weniger Sache der klaren Erkenntnis als eines richtigen Tactes und konnten darum nicht als greifbare Momente in den juristischen Argumentationen erscheinen. Das Neue liegt also darin, dass mit den Fortschritten der volkswirthschaftlichen Theorie auch in den rechtswissenschaftlichen Arbeiten die wirthschaftlichen Momente eine greifbare theoretische Formulirung erfahren müssen.

Vor allem aber werden wir auf die enge Verbindung der beiden Disciplinen Rücksicht zu nehmen haben, wenn es sich um die Frage handelt, welche Richtung die wissenschaftliche Forschung einschlagen soll. Denn es liegt kein Umstand vor, welcher Anlass bieten würde, an einem andern Punkt die charakteristische Wirkung des Privatrechts zu suchen. Auch keiner, welcher dagegen spräche, sie in den wirthschaftlichen Zuständen zu suchen. Und endlich ist der Einfluss des Rechtes auf die wirthschaftlichen Zustände gegenwärtig der einzige Punkt, an welchem sich für eine eindringende Untersuchung ein nennenswerther Fortschritt und Erfolg voraussehen lässt. Wenn wir aber darangehen, die von der Volkswirthschaftslehre gebotenen Gesichtspuncte zu verwerthen, so kommt folgendes in Betracht.

Die Volkswirthschaftslehre empfindet es als ein Bedürfnis zur Lösung ihrer wissenschaftlichen Aufgabe, die verschiedenen wirthschaftlichen Zustände zu vergleichen und in ihrem Werthe zu beurtheilen und dazu natürlich einen passenden Werthmassstab zu finden.

Die ältere Schule hatte geglaubt, hiebei lediglich auf die Höhe der Production sehen und als Massstab allein den

[1]) Vgl. Savigny, System I. Vorrede S. XXI.

sog. Volkswolstand verwenden zu können, worunter die Höhe des sämmtlichen Volksgliedern zufallenden Einkommens verstanden wurde.

Die neue Schule hält dagegen fest, dass bei der Beurtheilung der Culturstufen neben der Höhe des reinen Volkseinkommens auch die Art der Vertheilung desselben vorwiegend zu berücksichtigen ist. Welche Art der Vertheilung als die höherstehende, als die bessere anzusehen ist, darüber können offenbar nur sittliche Momente entscheiden. So sagt z. B. Schäffle[1]: „Die volkswirthschaftlich beste Gestaltung der Einkommenprocesse in der menschlichen Gesellschaft“ ist „diejenige Vertheilung des gesellschaftlichen Productionsertrags, bei welcher die sittliche Gemeinschaft im Ganzen und in der Abstufung aller ihrer Gliederungen zum höchsten Masse der Gesittung und hiernach zum höchsten Masse aller wahrhaft menschlichen Befriedigungen zu gelangen vermag. Kürzer: der an Vervollkommnung der Gesellschaft reichste Einkommenprocess ist das Ideal volkswirthschaftlicher Vertheilung der Güter durch die Gesammtheit aller Einkommen.“

Welches die richtigen sittlichen Gesichtspunkte sein mögen, kommt für uns zunächst nicht in Betracht; es genügt für die Zwecke unserer Aufgabe vorläufig die Thatsache, dass die Volkswirthschaftslehre dabei nicht einen einzigen Zustand als ein vielleicht unerreichbares Ideal hinstellt, sondern eine gewisse Richtung der wirthschaftlichen Entwicklung als die ideale bezeichnet. Es ist dadurch möglich einen Culturzustand, der zweifellos auf einer niederen Stufe steht, darauf hin zu prüfen, ob er wenigstens geeignet ist, sich zu einer höheren Stufe, also in der als ideale bezeichneten Richtung zu entwickeln.

Halten wir fest, dass die Art der Gütervertheilung, welche den Charakter der Culturzustände wesentlich bedingt, selbst wieder nothwendig bedingt ist durch die jeweilig geltende Privatrechtsordnung, so ergibt sich, dass die Volks-

[1]) Das gesellschaftliche System der menschlichen Wirthschaft. II. 1873. S. 379.

wirthschaftslehre uns einen passenden Massstab an die Hand gibt, um die Wirkungen der Rechtssätze zu beurtheilen. Man kann nun an eine Rechtsordnung mit der Frage herantreten, ob sie eine Gütervertheilung und damit einen Culturzustand hervorbringt, welcher zu höherer Entwicklung tauglich ist?

Wenn also die Rechtswissenschaft die von der Volkswirthschaftslehre gebotenen Anhaltspunkte benützen will, so wird sie das Privatrecht daraufhin untersuchen, ob es jene günstige Wirkung hervorbringt, ob es die Eigenschaft hat in wirthschaftlich angemessener Weise oder, wie man auch sagen könnte, in objectiv zweckmässiger Weise zu wirken?

Es erübrigt noch die Frage, ob die Annahme der Eigenschaft objectiver Zweckmässigkeit den Anforderungen entspricht, welche an die leitende Idee einer Induction zu stellen sind?

§ 8.

Dass die vorgeschlagene Idee mit den oben angegebenen Gesichtspunkten trefflich harmonirt, ist ersichtlich; denn die vorausgesetzte Wirkung des Privatrechts stellt sich als eine günstige, wolthätige dar, und zwar sowol von dem Standpunkte der staatlichen Gemeinschaft, als auch von dem ethischen Standpunkt aus.

Was nun die Durchführbarkeit unserer Idee betrifft, so hängt sie allerdings von der weiteren Entwicklung der Volkswirthschaftslehre ab; davon, dass es derselben gelingt, die nur von dem Gefühl abhängige Beurtheilung der Culturzustände auf klare und aussprechbare Gesichtspunkte zurückzuführen. Und in dieser Beziehung wird die rechtswissenschaftliche Thätigkeit, wenn sie die hier angedeutete Richtung einhalten will, von den Fortschritten der Volkswirthschaftslehre abhängig sein.

Es handelt sich aber noch darum, ob die Antwort, welche auf dem angegebenen Wege gefunden werden soll, auch wissenschaftlichen Werth hat; es handelt sich hier, wie bei jeder Induction darum, ob die zu erweisende Eigenschaft des Rechts als eine nothwendige, als eine aus den Entstehungs-

bedingungen des Rechts sich ergebende wirklich kann angesehen werden?

Dies scheint nun nicht der Fall zu sein. Denn wie oben ausgeführt, ist für die Rechtsbildung das sogenannte Rechtsgefühl, die allgemeine Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer gewissen rechtlichen Gestaltung massgebend, und diese Ueberzeugung, wie sie auch zu Stande kommen mag, kann keinesfalls auf ein deutliches Bewusstsein von der wirthschaftlichen Wirkung des Rechts zurückgeführt werden. Es scheint also, als ob zwischen den realen Entstehungsursachen des Rechts und zwischen seiner Eigenschaft der wirthschaftlichen Angemessenheit ein Zusammenhang nicht bestehe, als ob jene Eigenschaft keine charakteristische, nothwendige sei, sondern nur auf einem Spiel zufälliger Umstände beruhe. Dann wäre, wenn diese Eigenschaft auch in der Mehrzahl der Rechtssätze nachgewiesen wäre, der Schluss, dass sie auch für die übrigen zutreffen werde, völlig unzulässig, und der Inductionsschluss der dieselbe feststellen würde, hätte keinen wissenschaftlichen Werth.

Allein man geht bei der Erklärung der psychologischen Erscheinungen von der Annahme aus, dass dieselben durch zwei Factoren erzeugt werden, durch den vorhandenen contanten Zustand des Geistes, den man als Charakter oder Natur des Menschen bezeichnet, und durch die wechselnden äusseren Einflüsse, die Motive, welche zu dem vorhandenen Zustand hinzutretend die geistigen Erscheinungen erzeugen. Der Charakter ist zwar weder in seiner Existenz noch in seinen Eigenschaften unmittelbar erkennbar, sein Vorhandensein stellt sich jedoch als eine unerlässliche Hypothese dar, um für jene regelmässig und in stets gleicher Weise auftretenden psychologischen Erscheinungen, die sich nicht allein aus den äusseren Einwirkungen, den Motiven, erklären lassen, eine genügende causale Anknüpfung zu verschaffen. Als Eigenschaft des Charakters erscheint dann die Fähigkeit, die auf ihn zurückgeführten Erscheinungen hervorzubringen.

Diese Auffassung, welche hier nicht zu rechtfertigen, sondern einfach der Psychologie zu entnehmen ist, beseitigt

nun auch in unserem Falle das erhobene Bedenken. Wenn sich die nachzuweisende Eigenschaft des Privatrechts, die Eigenschaft der wirthschaftlichen Angemessenheit, nicht auf die Motive und Erwägungen zurückführen lässt, welche bei der Entstehung des Rechts die Menschen wirklich beeinflusst haben, so ist die Ursache dieser Eigenschaft in der Natur der Menschen zu suchen.

Allein die Zulässigkeit dieser Annahme hängt noch von einer letzten Voraussetzung ab. Da man natürlich der hypothetischen Natur des Menschen nicht Eigenschaften zuschieben kann, welche sich widersprechen würden, so muss bei jeder Anwendung der entwickelten Auffassung auf die übrigen Fälle in denen von derselben schon Gebrauch gemacht worden ist, Rücksicht genommen werden. Wir müssen also fragen ob die Eigenthümlichkeit welche wir hier der menschlichen Natur zuschreiben wollen, nicht im Widerspruch steht mit dem was man sonst über dieselbe zu wissen oder annehmen zu müssen glaubt.

Es ist klar, dass wir mit der Frage nach der Natur des Menschen auf die höchsten Stufen der Naturauffassung hingewiesen sind und dass wir uns an dieser Stelle unmöglich in eine Beurtheilung der verschiedenen dabei möglichen Standpunkte einlassen können. Wir können uns mit dem Hinweise begnügen, dass unser Resultat mit jener optimistischen Naturauffassung, welche gegenwärtig als die herrschende bezeichnet werden kann, wol verträglich ist.

Man kann nämlich davon ausgehen, dass die organischen Wesen die Anlage in sich tragen, unter den entsprechenden Bedingungen durch ihre blose Lebensthätigkeit ihre eigene Construction zu vervollkommnen, man kann dem Menschen dieselbe Anlage, dasselbe Wechselverhältnis zwischen der Thätigkeit und der Construction der Organe sowol in körperlicher als in geistiger Beziehung zuschreiben. Und mit dieser optimistischen Naturauffassung steht es nicht in Widerspruch, sondern vielmehr in erfreulicher Harmonie, wenn wir durch den inductiven Nachweis der im Vorstehenden entwickelten

Idee über den Zusammenhang des Privatrechts, zu folgender Annahme gedrängt werden: Es ist bezeichnend für die Anlage des menschlichen Geistes, dass die Ideenverbindungen, welche auf noch zu ermittelnde Weise in einer Volksgemeinschaft das Rechtsgefühl erzeugen, dadurch in den günstigen Fällen eine Gestaltung des Rechts herbeiführen, welche der nach dem gegenwärtigen Stande unserer Erkenntnis als objectiv beste zu bezeichnenden in hohem Masse, wenn nicht völlig gleicht, eine Gestaltung also, welche die für die günstigste wirthschaftliche und dadurch auch für die sittliche Entwicklung jeweilig nothwendigen Bedingungen realisirt.

§ 9.

Es wäre eine unverzeihliche Unvollständigkeit, wenn die vorliegende Untersuchung an einem Werke, das ein ähnliches Ziel verfolgt und das von solcher Bedeutung ist, wie Iherings „Zweck im Recht," achtlos vorbeigehen wollte. Wenn wir uns erst jetzt zu demselben wenden, so geschieht es, um recht deutlich zu machen, dass die bisher geführte Untersuchung zu denselben Resultaten gelangt, wie Iherings Buch oder genauer, dass sie eigentlich nur einen andern Weg zu jenen als feststehend gedachten Resultaten gesucht hat.

Auf den ersten Blick scheint dies durchaus nicht der Fall zu sein; denn dort ist die Rede von dem ganzen Rechtsgebiet nicht blos vom Privatrecht, vor allem wird dort der Beweis eines bestimmten Zusammenhanges behauptet und erbracht, nicht blos der Weg wie etwa ein Beweis zu erbringen wäre, angezeigt. Allein ich wage die Behauptung, dass der wahre Grundgedanke des Buches durch eine eigenthümliche Darstellung verdeckt ist.

Dafür spricht vor allem, dass der Beweis, der der Darstellung nach zu urtheilen versucht wird, völlig unzureichend wäre. „Aufdeckung des Gesammtzusammenhanges im Rechte" wird als die Aufgabe des Buches angegeben und zur Lösung derselben führt der folgende Gedankengang. Der Ausgangs-

punkt ist: „dass der Zweck der Schöpfer des gesammten Rechtes ist;“ „der Inhalt des Rechtes liegt im Zwecke beschlossen.“ D. h. der Zusammenhang der rechtlichen Erscheinungen muss sich ergeben aus ihrer Entstehungsursache; das Recht aber stellt sich als Handlung, als Zwang dar. (S. 318 fg.) Es scheint also dem Willen einer menschenähnlichen Persönlichkeit zu entspringen, und den Zusammenhang von Willensacten bildet die Absicht des Handelnden, der Zweck. Bei Betrachtung von Handlungen kann man nun entweder von der gesetzten äusseren Veränderung oder von der Person des Handelnden ausgehen. Ihering wählt das letztere; es zwingt der Staat, es handelt der Inhaber der Staatsgewalt, also ist zu fragen wer ist das? Die Gesellschaft, die Gesammtheit der Staatsangehörigen, soweit sie persönliche Interessen hegen und verstehen, so behauptet Ihering und sucht dies durch folgende schematische Erörterung zu beweisen.

Gesetzt nämlich den ungünstigsten Fall, dass „eine Gewalt die nichts zu fürchten hat“ sich in einem gegebenen Zeitpunkte im Besitze der Staatsgewalt befindet, so muss doch nothwendig die Gesellschaft zu Einfluss gelangen. Denn der Inhaber einer absoluten Staatsgewalt hat ein persönliches, egoistisches Interesse an der Blüte des Staates; zu solcher ist eine feste, consequente Regelung der Lebensverhältnisse der Unterthanen unerlässlich. Diese „niedere Stufe des Rechtes,“ der Regel, welche die Unterthanen bindet, nicht den Herrscher, führt nothwendig dazu, dass die Anwendung und Einhaltung der Regel, ja dass ein bestimmter Inhalt und Charakter der Regel als etwas unerlässliches, naturnothwendiges erscheint, dass sich also das Rechtsgefühl entwickelt. Wird dieses in der Gesellschaft so mächtig, dass sie sich gedrungen fühlt oder fühlen würde, eine Verletzung der Regel durch den Herrscher selbst zu wehren und zu hindern, und sieht der Herrscher sich bewogen, auf diese Stimmung Rücksicht zu nehmen, so hat ja die Gesellschaft bereits Einfluss auf den Rechtszustand gewonnen, es ist die „höhere Gestalt“ des Rechtes, die der „zweiseitig verbindenden Norm“ erreicht.

Eine schematische Darstellung nun beweist nur, dass bei Vorhandensein der im Schema berücksichtigten Umstände und bei Abwesenheit von störenden Ursachen eine gewisse Entwicklung eintreten muss. Und so können auch die Ausführungen Iherings, so zutreffend sie an sich sind, nicht das leisten, was sie scheinbar sollen. Sie zeigen, auf welchem Wege in gewissen Fällen die Gesellschaft zu Einfluss auf die Rechtsgestaltung gelangt, aber nicht, dass dies überall der Fall sein muss. Denn der Augenschein zeigt, dass in vielen Fällen, wo eben ungünstige Umstände einwirken, während die günstigen Umstände nicht alle vorhanden sind, die Gesellschaft weder die Staatsgewalt beeinflusst noch die geringste Aussicht hat, sie je zu beeinflussen.

Zu dem allgemeinen Satze: alles Recht ist Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft, gelangt Ihering darum auch nur scheinbar, nur darum, weil er willkürlich die Bedeutung des Wortes „Recht“ enger fasst, als üblich und nur die höhere Gestaltung des Rechtszustandes damit bezeichnet. Er behauptet also eigentlich nichts anderes, als dass dort, wo bei Entstehung des Rechtes Rücksicht auf die Gesellschaft massgebend ist, eben die Gesellschaft als Urheberin des Rechtes anzusehen sei und die scheinbar alles Recht treffenden Ausführungen beziehen sich deshalb doch nur auf bestimmte einzelne Rechtsordnungen.

Was ist nun damit für den Zusammenhang des Rechts gewonnen? In den ersten Capiteln, welche von dem Zweckbegriffe handeln, wird ausgeführt, dass auch die willkürlichen Handlungen des thierischen Organismus geleitet sind von den sich fühlbar machenden Bedürfnissen des Organismus selbst, dass man also das Handeln des normalen Organismus charakterisiren kann als Realisirung seiner Lebensbedürfnisse. Im Recht nun sehen wir auch Handlung, Handlung der Gesellschaft, also ist der Charakter des Rechtes Realisirung der Lebensbedürfnisse der Gesellschaft. So scheint es, müsste die nackte Schlussfolgerung lauten, deren Unzulänglichkeit auf den ersten Blick klar wird. Denn einmal gilt der behauptete

Satz nur für den normalen thierischen Organismus, er müsste also auch für die Gesellschaft dieselbe Einschränkung erfahren. Vor allem aber ist, wenn auch die sog. Gesellschaft die Erscheinung des Handelns zeigt, dieses Handeln doch nicht nach den gleichen Gesichtspunkten wie das thierische Handeln zu erklären, da es eben an der zu einem Analogieschluss nöthigen Gleichheit der wichtigsten Bedingung, nämlich der physischen Organisation fehlt.

Es ist kaum möglich, dass in diesen Argumentationen der Schwerpunkt von Ihering's Gedanken zu suchen sein sollte, obwohl sie wirklich deutlich in den Vordergrund gestellt sind. Auf den eigentlichen Sachverhalt weist uns aber die Bemerkung in der Vorrede[1]): „Die Schwierigkeit der Aufgabe, nachdem ich mit meiner Grundidee in's Reine gekommen war, steckte für mich gerade in dem Aufbau des Ganzen, — — der durch keine Sprünge unterbrochenen Begriffsentwicklung, die vom Einfachsten ausgehend, schrittweise zum Höheren gelangt." Werden wir so auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die angeführten Argumentationen nur einer einheitlichen Darstellung als Grundlage dienen sollen, nur das Gerippe bilden sollen, an das sich die vielen zerstreuten Einzelheiten anschliessen können; so macht das was wir über die Entstehung des Werkes erfahren, diese Möglichkeit fast zur Gewissheit.

Bei Betrachtung des Römischen Privatrechts war Ihering zuerst vom subjectiven Standpunkte, von der praktischen Bedeutung der Rechtsordnung für das Individuum ausgegangen, wie aus der Definition: Recht ist rechtlich geschütztes Interesse, hervorgeht. „Bei der Ausführung kam ich aber über diesen Gesichtspunkt sehr bald hinaus." [2]) „Der Begriff des Interesses nöthigte mich, den Zweck ins Auge zu fassen, und das Recht im subjectiven Sinne drängte mich zu dem im objectiven Sinne hin und so gestaltete sich das ursprüngliche

[1]) IX.

[2]) heisst es in der Vorrede S. V.

Untersuchungsobject zu einem ungleich erweiterten, zu dem des gegenwärtigen Buches: Der Zweck im Recht."

Der Umstand nun, dass Ihering von der versuchten Bearbeitung eines speciellen Rechtsgebietes weg zu der allgemeinen Aufgabe: „Aufdeckung des Gesammtzusammenhanges im Recht" mit Nothwendigkeit durch das Bewusstsein gedrängt wurde, dass die letzte Aufgabe der ersteren präjudicire, lässt mit Sicherheit erkennen, dass durch die Bearbeitung der allgemeinen Aufgabe nur die leitende Idee für die inductive Untersuchung des Specialgebietes gefunden werden sollte.

Da nun, wie oben ausgeführt, die Aufsuchung der leitenden Idee für eine Induction dem Gebiete des erfindenden Gedankenganges angehört, so können wir für gewiss halten, dass auch Ihering für seine Idee nicht einen zwingenden Beweis zu führen gedacht hat. Und die besprochenen Ansätze zu einem solchen sind nur dem Zusammenhange der Darstellung zu Liebe gemacht.

Auch Dahn[1]) in seiner Besprechung von Ihering's Werk ist auf den Zwiespalt zwischen dem Grundgedanken und der Darstellung aufmerksam geworden, freilich etwas spät. Denn erst nach Vollendung der Besprechnng heisst es im Nachwort: „Wir vermissten den historischen und psychologischen Nachweis, dass sich die analysirten Begriffe der Gesellschaft, des Verkehrs und des Rechts irgendwo und irgendwann in der hier construirten Weise entwickelt haben. Wie nun, wenn der Verfasser antworten würde: „Das habe ich gar nicht behauptet und nicht nachweisen wollen. Ich habe die „Mechanik der Gesellschaft" wie sie bei den Culturvölkern vorhanden ist, aufzeigen wollen, das nothwendige Ineinandergreifen von Selbstsucht, Aufopferung, Lohn, Zwang, Strafe. Wie diese Mechanik geworden, wollte ich nicht darstellen!" Diese Erwiderung würde allerdings unsere Hauptbedenken zum Schweigen bringen."

Dahn wird also schliesslich, nachdem er ein ganzes Buch lang gegen Ihering polemisirt hat, zu der Annahme

[1]) Die Vernunft im Recht, 1879, Nachwort S. 218 fg.

gedrängt, dass er gar nicht den richtigen Sinn, nicht die eigentliche Behauptung des kritisirten Werkes getroffen hat. Auch nach seiner Ansicht aber geht die eigentliche Behauptung ausschliesslich dahin, dass die Rechtsordnung bei manchen Culturvölkern eine bestimmte Eigenschaft besitzt, ohne dass etwas über die Entstehung der so geeigenschafteten Rechtsordnung behauptet würde. Während das, was Dahn bekämpft, und wenn es ernst gemeint wäre, mit Recht bekämpfen würde, die Ansätze zum Beweise einer gewissen Entstehungsart der Rechtsordnungen sind, aus welcher sich eine bestimmte Eigenschaft derselben mit Nothwendigkeit ergeben würde.

Wenn Dahn dem wahren Grundgedanken von Ihering's Werk gegenüber bemerkt: „Durfte denn (methodisch) eine so gewaltige Arbeit auf die Darstellung allein verwendet werden, wie sich die Begriffe des gesellschaftlichen Verkehrs verhalten, ohne dabei die Frage zu berühren, wie sich diese Begriffe entwickelt haben?“ — — „Deshalb dürfen wir uns gar nicht begnügen, mit der Darstellung des Gewordenen, des bei den Culturvölkern Bestehenden;“ wenn Dahn also Zweifel erhebt, ob der Frage nach dem „Gesammtzusammenhange des Rechtes“ irgend welche Bedeutung zukommt; so mögen diese Zweifel vielleicht von dem Standpunkte des Rechtsphilosophen, der in dem zum Ueberdruss wiederholten Satz: das Recht beruht auf der Vernunft, alle Weisheit erschöpft und das Ziel der möglichen Erkenntnis erreicht sieht, gerechtfertigt erscheinen Vom Standpunkte der Wissenschaft im strengen Sinne des Wortes gelangt man nothwendig zu jener Frage, von diesem Standpunkte aus hat die Lösung derselben zweifellos hohen Werth.

Die wahre Aufgabe von Ihering's Werk ist also, auf Grund unserer gesammten gegenwärtigen Erkenntnis eine Idee über den Zusammenhang der vollkommeneren Rechtsordnungen aufzustellen.

Bei dieser Auffassung wird man aber zugeben müssen, dass unsere Untersuchung genau zu dem von Ihering einge-

nommenen Standpunkt gelangt. Denn auch Ihering zieht allein die Wirkungen des Rechtes, die er als Zwecke bezeichnet, in Betracht. Und zwar legt er wie erwähnt, das Gewicht nur auf die Wirkungen für die ganze Gesellschaft. Endlich setzt er bei den vollkommeneren Rechtsordnungen die Eigenschaft der objectiven Zweckmässigkeit voraus, da er ja als Inhalt des Rechtes „Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft" bezeichnet und unter Lebensbedingungen auch „Fortschrittsbedingungen" versteht. [1]) Und nur an diesem Punkt, der von Ihering erst im zweiten Theile wird vollständig behandelt werden, haben wir seine Resultate durch Anlehnung an die Volkswirthschaftslehre zu ergänzen versucht.

Dass die Bedeutung des besprochenen Werkes bei unserer Auffassung nicht gemindert wird, bedarf kaum der Erwähnung. Sie liegt eben darin, dass es eine vollständige Uebersicht gibt über alle die Umstände, welche die moderne Auffassung von Recht und Staat bestimmen, dass es die Tragweite und die gegenseitige Abhängigkeit dieser Umstände in lichtvollster Weise und in glänzender Darstellung hervortreten lässt. Und es ist kein Zweifel, dass „der Zweck im Recht" bestimmt ist, den rechtswissenschaftlichen Bestrebungen der nächsten Zukunft als Richtschnur und Wegweiser zu dienen.

Heben wir zum Schlusse, dem Werke Iherings gegenüber, die Bedeutung und Berechtigung der vorliegenden Untersuchung hervor. Sie gelangt nicht zu neuen Resultaten, sie geht nicht über den von Ihering bereits erreichten Punkt hinaus; allein es handelte sich darum, den Weg, den Ihering sich selbständig und aus eigener Kraft bis auf das Gebiet der Wissenschaft im strengen Sinne gebahnt hatte, zu verfolgen und genau zu bezeichnen und für Alle gangbar zu machen, es handelte sich eben um die Methode.

[1]) S. 434 fg.

IV. Wissenschaftliche Darstellung des Privatrechts.

§ 10.

Welche Form man für die Darstellung der Rechtssätze zu wählen hat, hängt natürlich einzig und allein von dem Zweck der Darstellung ab und man wird zu verschiedenen Zwecken vielleicht eine verschiedene Darstellungsform anzuwenden haben.

Welche Form fordert nun eine Darstellung, welche zu wissenschaftlichen Zwecken gemacht wird?

Dass die Form, in welcher der Stoff einer Wissenschaft überliefert ist, nicht gleichgiltig ist bei der eigentlichen Arbeit, bei der Erprobung der vorausgesetzten Zusammenhänge an den sämmtlichen Einzelheiten, das ist leicht begreiflich. Es kommt darauf an, dass in der Darstellung gerade jene Momente hervortreten, welche für die Untersuchung die ausschlaggebenden sind, jene Momente also, welche die zu suchende allgemeine Eigenschaft des Stoffes am deutlichsten zeigen, und erkennen lassen. Darum erscheint die Durchführung einer richtig gewählten Darstellungsart als eine wichtige Vorarbeit für die wissenschaftliche Untersuchung.

Eine Darstellung, welche im Gegentheil gerade die nebensächlichen Punkte in den Vordergrund treten lässt, ist als wissenschaftliche unbrauchbar. Sie gewährt nicht blos keine Erleichterung, sondern kann, da man sich dann die wichtigen Momente in jedem Falle erst mühsam hervorsuchen muss, sogar hinderlich sein.

Es wird sich also auch für das Privatrecht darum handeln, wenn die Auslegung ihr Geschäft beendet hat, wenn der Sinn und Inhalt all' der gesetzlichen Bestimmungen nach Möglichkeit klargestellt ist, diesen Stoff in eine Form zu bringen, welche die leichte Verwerthung und Verarbeitung

desselben zu den im bisherigen dargestellten wissenschaftlichen Zwecken gestattet.

Ueber diesen Punkt werden wir folgendes auszuführen suchen. Die bisher übliche Darstellungsart, die wir vor allem zu charakterisiren und zu prüfen haben, ist vom wissenschaftlichen Standpunkt aus nicht angemessen, wenn man nur davon ausgeht, dass die charakteristische Eigenschaft des Privatrechts nicht in seiner Wirkung für den Einzelnen, sondern in der auf die allgemeinen Zustände zu suchen ist. Durch Beseitigung der Eigenthümlichkeit der bisherigen Darstellung, nämlich der Begriffe der subjectiven Rechte, erhält man den Rechtsstoff in seiner natürlichen Gestalt von Vorschriften für den Richter. Diese Gestalt ist ihm auch zu belassen, nur mit der von Binding vorgeschlagenen Modification, neben diesen Befehlen für den Richter auch die dabei vorausgesetzten Normen für die Gesetzunterworfenen auszudrücken.

§ 11.

Das Privatrecht hat gegenwärtig sowol in den Gesetzbüchern als in den theoretischen Darstellungen fast ausschliesslich die Form von berechtigenden Sätzen. „Die Hauptsumme des Rechtes besteht aus solchen Sätzen, welche an einen Thatbestand ein Recht anschliessen, deutlicher, welche an einen Thatbestand als Voraussetzung einen andern Thatbestand als Inhalt eines Rechtes anschliessen, aus berechtigenden Sätzen“ [1]).

Trotzdem aber kann über die Natur des Gesetzes kein Zweifel sein. Dasselbe ist, wie bereits hervorgehoben, Willenserklärung des Staates, es will Vorschriften geben, wie gewisse Verhältnisse in allen künftigen Fällen sich gestalten sollen, es will befehlen. Wie der im Gesetze liegende Befehl näher zu denken ist, kann vorläufig dahingestellt bleiben, hier halten wir zunächst nur die Thatsache fest, dass das Recht imperativische Natur hat.

[1]) Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht 1851, S. 96.

Wie kommt es nun, dass man dem Privatrecht nicht die seiner Natur entsprechende imperativische Form belässt, dass man es statt in gebietenden, in berechtigenden Sätzen darstellt? Wie ist es möglich, Vorschriften durch Constatirung subjectiver Rechte auszudrücken?

Der Beantwortung dieser Fragen müssen wir um so eingehendere Aufmerksamkeit widmen, als wir damit zugleich eine Kritik aller jener Bestrebungen der Privatrechtslehre geben, welche mehr theoretischen Charakter haben und über die blos praktischen Interessen hinausgehen. Man hat diese „höheren" Bestrebungen der Jurisprudenz mit Recht als Begriffsbildung bezeichnet. Sie gehen eben nur darauf hinaus, aus den Rechtsvorschriften in einer gewissen Weise die Begriffe der sog. subjectiven Rechte zu bilden. Wir haben nun zuzusehen, in welcher Weise verfahren wird.

Das Privatrecht ordnet die Verhältnisse zwischen verschiedenen Personen, und da diese Verhältnisse sich ohne das Eingreifen des Gesetzes in anderer Weise entwickeln würden oder doch entwickeln könnten, so wird die durch das Gesetz bewirkte Aenderung von Seiten des einen als eine günstige, erwünschte, von Seiten des andern als eine lästige erscheinen. Es ist aber nur der natürliche Lauf der Dinge, dass der in jedem Falle Begünstigte sich mehr für die gesetzlichen Bestimmungen interessirt und genau zusieht, zu welchem Vortheil sie ihm verhelfen können, dass stets er es ist, der sich auf das Gesetz beruft und die Anwendung desselben verlangt. Es wird daher nicht Wunder nehmen, wenn die ersten Versuche Rechtsbestimmungen zu formuliren und zu sammeln den praktischen Zweck vor Augen gehabt haben, dem Begünstigten in jedem Falle erkennen zu lassen, was er von dem Gesetze hoffen dürfe, wenn bei der Auffassung dessen, was Recht ist, der Standpunkt des Begünstigten zu Grunde gelegt sich findet. Es ist also der natürliche Lauf der Dinge, dass das Gesetz zuerst auf seine Wirkung hin angesehen wird, so weit dieselbe

für den Einzelnen eine günstige ist, dass der Inhalt der einzelnen Rechtssätze darnach bestimmt und unterschieden wird, welche Begünstigung oder Berechtigung dieselben gewähren.

Halten wir das fest, so ist klar, warum die gesetzlichen Verfügungen in der Form von „subjectiven Rechten" erscheinen können, ebenso aber auch, dass dabei keine künstliche und unklare „Umformung" im Spiele ist; es werden vielmehr einfach statt der Verfügungen selbst ihre Wirkungen dargestellt. Und dass man doch die gesetzlichen Verfügungen dargestellt habe, kann man nur darum behaupten, weil die Wirkung des Gesetzes, die dem einen gewährte Berechtigung, mit dem eigentlichen Inhalt der Vorschrift, der dem andern auferlegten Verpflichtung, so vollständig harmonirt, dass sich das eine aus dem anderen mit Gewissheit finden lässt; weil, wie man zugibt, jedem Recht eine Pflicht correspondirt. Man gelangt also zu den Begriffen der subjectiven Rechte, indem man sich auf den Standpunkt des begünstigten Subjectes stellt, von wo aus man an Stelle des Gesetzes selbst die Wirkung die dasselbe nothwendig hat, betrachtet.

Von einer Wirkung der Rechtssätze kann man nun in doppelter Beziehung sprechen, indem man nämlich entweder auf den letzten praktischen Erfolg, der durch die Anwendung der staatlichen Zwangsgewalt oder durch die Drohung damit erreicht wird, oder auf den ersten Schritt sieht, der gethan werden muss, um die staatliche Hilfe zu erlangen, der dann den realen Erfolg nothwendig nach sich zieht, auf die Klage.

Das Römische Recht hat hauptsächlich die zweite Betrachtungsweise adoptirt. Da die Rechtsbildung im Privatrecht grossentheils von der Rechtspflege ausging, so dass die Möglichkeit, eine *actio* anzustellen, das Kriterium war, dass eine rechtliche Bestimmung existirte, welche den vom Kläger gewünschten Erfolg herbeizuführen, also dem Richter der Klage gemäss zu entscheiden gebot, so lag es nahe, den Inhalt der rechtlichen Bestimmungen nach den Kriterien ihrer Existenz, nach den *actiones*, die auf Grund derselben möglich waren, zu bestimmen.

Allein man konnte nicht verkennen, dass sich in manchen Fällen noch andere Wirkungen der Rechtssätze geltend machen, die mit den Actionen nicht ganz zusammen fallen. So ist in der *hereditatis petitio* die Wirkung des *heredem esse* nicht ganz beschlossen, noch die des Eigenthums in der Vindication. Daher finden wir, dass schon die Römer neben den Actionen auch den praktischen realen Wirkungen der Rechtssätze Beachtung schenken, sowie dass sie dieselben mit dem gleichen Ausdruck wie das Recht im objectiven Sinne, mit *jus* bezeichnen.

So haben die Neueren die beiden Betrachtungsweisen als gleichwerthig nebeneinander überkommen und es war erst vor einigen Jahrzehnten, dass eine eigenthümliche Gedankenrichtung, welche sich fast allgemein der Jurisprudenz bemächtigte, zu einer Entscheidung über das Verhältnis von Actionen und subjectiven Rechten, zu einer Wahl zwischen den beiden Auffassungen der rechtlichen Wirkungen nöthigte.

Da das Gesetz für alle künftigen Fälle anordnet, da es aber vor Eintritt eines concreten Falles ein leeres Wort ohne sichtbare Wirkung bleibt, da also erst die Verwirklichung des Thatbestandes die günstige Wirkung, welche als Recht oder *actio* bezeichnet wird, realisirt, so kann eine oberflächliche Auffassung leicht das Gesetz als eine stets vorhandene *conditio sine qua non* in den Hintergrund drängen und den Eintritt des Thatbestandes als die eigentliche Ursache der günstigen Rechtsfolgen ansehen. Die Römer schon haben begonnen in ähnlicher Weise sich in manchen Fällen zur Erklärung und Begründung der Entscheidungen auf die Natur des Thatbestandes, an welchen dieselben geknüpft sind, zu berufen.[1]). Und die neuere Jurisprudenz, als sie von dem Bedürfnis nicht nur zu referiren, sondern zu erklären, als sie von dem Streben alle rechtlichen Bestimmungen zu begründen und allgemein in Zusammenhang zu bringen, erfasst wurde,

[1]) S. hierüber Ihering, Geist. III., 1., S. 312 fg., auch II. 2. Anm. 507, 516. 524.

hat die bezeichnete Auffassung als die nächstliegende vollständig adoptirt und consequent durchzuführen versucht.

Um nun die Entscheidungen als Wirkungen des Thatbestandes in einer consequent aufgebauten Theorie darstellen zu können, musste vor allem feststehen, was man als die zu erklärenden Wirkungen ansehen wollte. Die Wahl, zwischen den beiden Möglichkeiten entweder die Klagrechte, die Actionen oder aber die subjectiven Rechte zu betonen, war also die erste Consequenz der geschilderten Grundauffassung und die Erörterungen über diese Wahl, welche sich, da man über die Annahme des Ausdruckes „Rechte" allgemein einig war, als Erörterungen über die Natur der Rechte, ob sie Klagrechte oder ob sie Rechte im subjectiven Sinne oder Rechtsverhältnisse seien, darstellten, bilden das Kennzeichen für das neue Streben nach Erkenntniss, bilden den Wendepunkt der Rechtswissenschaft [1]).

Die Klagerechte stellten sich für die neue Theorie als unbrauchbar heraus, weil sie verschiedene Wirkung haben können, ohne dass der Thatbestand, soweit man ihn als Ursache der Klagen ansehen konnte, ein verschiedener wäre. So ist z. B. die Voraussetzung der Vindication oder der Erbschaftsklage ganz dieselbe, ob sie gegen einen gutgläubigen oder gegen einen bösgläubigen Besitzer geht und doch ist der Erfolg in beiden Fällen ganz verschieden und derselbe wird sogar durch Ereignisse, die nach der Klagerhebung eintreten, beinflusst.

Man hat sich also an die materiellen Rechte gehalten und als deren Inhalt den Vortheil bezeichnet, welcher dem

---

[1]) Einen bestimmten Anfangspunkt der neuen Richtung anzugeben dürfte schwer sein, jedenfalls ist dieselbe bei Puchta bereits vollständig ausgebildet. Wie man dann nachträglich der eingetretenen Veränderung und ihrer ganzen Tragweite sich bewusst zu werden begann und sie nun zu begreifen und zu erklären suchte, zeigt die Schrift von Kuntze, der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, 1856.

Begünstigten vom Gesetze zunächst zugedacht ist[1]); während man den Vortheil, der ihm verschafft wird, wenn es zur Anrufung und Anwendung der Staatsgewalt kommt, als Inhalt eines Klagrechts oder Anspruches bezeichnete. Wie man sich dann das Verhältnis des materiellen Rechtes zu dem Anspruch zurechtgelegt hat, indem man denselben als „einen Bestandtheil, eine Erweiterung seines Inhalts“ oder als „das Recht selbst in seiner Bethätigung“ oder ähnlich aufgefasst hat, berührt unsere Aufgabe nicht mehr[2]).

Ebensowenig, dass man mit Klage, Klagrecht nicht nur die Wirkung der privatrechtlichen Vorschriften bezeichnet, nach welchen der Inhalt des Urtheils sich richten muss, sondern auch die Wirkung der processualen Vorschriften bezeichnen kann und bezeichnet, welche dem Richter befehlen, unter gewissen Voraussetzungen, die von denen des Klagrechts im ersteren Sinn durchaus verschieden sind, einen Process einzuleiten; und dass man diese zwei Bedeutungen von Klagrecht oder Anspruch, nämlich die einer Anwartschaft auf günstiges Urtheil und die andere einer Anwartschaft blos auf richterliches Gehör bis zur neuesten Zeit häufig verwechselt hat[3]).

---

[1]) Schwierig war die Durchführung bei den Obligationen, es galt ein möglichst farbloses Bild zu finden, um nirgends anzustossen, daher der Streit: „auf, über eine Handlung“, „an einer Handlung“. Manche haben sich gerade an diesem Punkt nicht zur herrschenden Ansicht bekehren lassen, s. z. B. Brinz, Pand. II., 2. Auflg. 1879.

[2]) S. hierüber z. B. Windscheid, Die Actio, S. 2 fg.

[3]) Ueber diesen Punkt besonders Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm 1877, S. 9 fg., S. 26 fg. — Die Processtheorie bemüht sich neuestens um die Construction des Klagrechts in der Bedeutung als Anwartschaft auf richterliches Gehör. Soll man von Klagrecht sprechen als einem subjectiven publicistischen Recht? Oder von Einlassungs- oder Defensionspflicht? wie Wach will: „Defensionspflicht und Einlassungszwang“ in Grünhut Zchr. VI 8, 515 fg., „Präclusion und Contumaz“ ebenda VII., S. 130 fg. Oder soll man jede Construction als Recht oder Pflicht fallen lassen und einfach die für das Gericht geltenden Vorschriften angeben? Bülow, „Civilprocessualische Fictionen und Wahrheiten“ im Archiv f. civ. Pr., B. 62, S. 1 fg.

Nothwendig aber wird die Bemerkung, dass der Streit, ob man von „subjectiven Rechten“ oder von „Rechtsverhältnissen“ sprechen sollte, ein müssiger war[1]). Savigny[2]) hatte unter „Recht“ nur den realen Effect eines auf einen concreten Fall angewandten Rechtssatzes verstehen wollen, aber die abstract auszudrückende Wirkung des abstract ausgedrückten Rechtssatzes als „Rechtsverhältnis“ bezeichnet; also müsste man z. B. im concreten Falle sagen „es ist für Jemand ein Pfandrecht entstanden“, allgemein aber „ein Pfandrechtsverhältnis entsteht, wenn —“. Es war gewiss eine passende Vereinfachung des Sprachgebrauches, für beide Bedeutungen das Wort „Recht“ zu gebrauchen. Aber noch ein Umstand sprach für diese Veränderung des Sprachgebrauchs.

In welcher Weise war nämlich eine ursachliche Verbindung zwischen dem Thatbestand und der gesetzlichen Verfügung denkbar? Sobald man von der Entstehung des Gesetzes, welche als Handlung nur psychologisch zu bestimmen gewesen wäre, absah, dasselbe als bereits vorhanden, nur als *conditio sine qua non* betrachtete, musste man dieselbe Art und Weise des Geschehens, der Verbindung von Ursache und Wirkung voraussetzen, die bei den Naturvorgängen zu beobachten war, musste man die Verknüpfung von Thatbestand und Recht „nach dem Bilde der natürlichen Causalität“ denken.

Da nun alles natürliche Geschehen als Veränderung an Körpern uns erscheint, da alle die Erscheinungen, die wir causal verknüpfen sollen, als Eigenschaften und Zustände von Körpern aufgefasst werden, so mussten auch die rechtlichen Erscheinungen als Eigenschaften und Zustände der Rechte, diese selbst aber als Körper gedacht werden. Nachdem also einmal zur Bezeichnung eines realen Zustandes, nämlich der günstigen Wirkung eines Rechtssatzes, das Substantiv „Recht“ war angenommen worden, nachdem also dieser Zustandsbegriff als selbständiges Denkobject konnte aufgefasst werden, wurde er auch schon als Gegenstandsbegriff, wurde

[1]) Windscheid, I., § 37[3].

[2]) System, I., S. 7.

das Wort Recht als Bezeichnung eines realen Objectes angesehen.

Natürlich war es bei dieser Verwechslung störend durch die Bezeichnung der Begriffe, die unrichtig als Gegenstandsbegriffe sollten angesehen werden, als „Rechtsverhältnisse“ auf ihre wahre Eigenschaft als Verhältnis- oder Zustandsbegriffe immer hingewiesen zu werden und auch darum musste der kürzere Ausdruck „Recht“ vorgezogen werden.

Damit haben wir die Tendenz der Begriffsbildung gefunden: die gesetzlichen Verfügungen sollten so in Begriffe verwandelt werden, dass sie, als Körper angesehen, den ganzen Rechtsinhalt als ihre Eigenschaften und Zustände in sich aufnehmen könnten, die Begriffe aber, welche der Thatbestand der Rechtssätze ergab, sollten die Ursachen darstellen, durch deren Kräfte die Zustände der Rechte hervorgebracht werden. Wir nennen diese Ansicht, welche glaubt die rechtlichen Erscheinungen gleich wie die Naturerscheinungen ansehen und behandeln zu können, nach dem Vorgange von Brinz[1]) und Ihering[2]) die „naturhistorische.“

Da man bezweifeln könnte, ob die gegebene Darstellung der „naturhistorischen“ Ansicht und des zu derselben führenden Gedankenganges richtig ist, da man es unglaublich finden könnte, dass wirklich eine unmittelbar auf einen so handgreiflichen logischen Fehler sich aufbauende Ansicht mehr als ein Menschenalter die Arbeiten eines ernsten Wissenszweiges beherrschen konnte, so lasse ich einen Augenblick dem jüngsten Vertheidiger dieser Ansicht, Zitelmann[3]) das

---

[1]) Schletter's Jahrbücher, I., S. 10. „Man könnte diese Richtung die naturhistorische nennen.“

[2]) Geist, II. 2., S. 358. S. auch Jahrbücher für Dogm., I., S. 10, „Unsere Aufgabe nimmt hier den Charakter einer naturhistorischen Untersuchung an.“

[3]) Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 201—202. S. hierüber die vollständig zutreffenden Kritiken von Schlossmann, in Grünhut's Zsch. VII., 543 fg., besonders S. 546, 547: „Nichts geringeres also, als einen mit offenen Augen zu begehenden Selbstbetrug muthet Z. uns zu“, und von Bekker, Krit., VJSchr., XXII., S. 33 fg.

Wort: „Wie wir den Raumtheil, der sich durch eine Reihe, aus- und eingehender Wirkungen auszeichnet, als Körper erfassen, so verdichten wir auch die durch eine Reihe ihrem Inhalt nach zusammengehöriger Rechtsnormen normirte Stellung der Person zu einem subjectiven Recht; dieses subjective Recht erfassen wir nun ebenfalls völlig mit dem sinnlichen Objectsbegriff. Wie wir den Körper als etwas anderes denn eine Reihe von Kräften ansehen, so fassen wir auch das subjective Recht als etwas ausserhalb jener Normen auf, wir vergegenständlichen das durch eine Reihe von Normen hergestellte Verhältnis. Und nicht genug damit. Jetzt wenden wir auf dieses gedachte Ding sämmtliche andere Denkformen, die wir für die sinnliche Welt gebrauchen, ebenfalls an; das Recht ist ganz und getheilt, es ist selbständig und abhängig, es ist eins und mehrere; wir denken dasselbe als beharrlich (identisch) trotz des Wechsels seiner Eigenschaften; endlich was das Wichtigste ist, wir fassen diese einzelnen concreten als Dinge gedachten Rechte gerade so, wie die Körper selbst mit der Kategorie der Causalität auf." — — „— Wir denken die Rechte als entstehend, vergehend, sich ändernd, wie die natürlichen Körper und für jede solche Aenderung in der Welt des Rechts müssen wir ebenso gut eine Ursache finden, wie für eine Aenderung in der uns umgebenden physischen und psychischen Welt, kurz mit all' diesen Denkoperationen bringen wir eine zweite Welt nach dem Ebenbilde der natürlichen Welt hervor." [1])

Ich finde nämlich keinen schlagenderen Beweis als diese mit der vorhergehenden inhaltlich völlig gleiche Darstellung, dafür, wie unmerklich ein logischer Fehler wird, wenn man nicht auf ihn, sondern auf eine schwungvolle

[1]) Noch weiter geht Z. S. 209: „Es ist nachzuweisen versucht worden, dass die gedanklichen Formen, in denen wir die Masse der juristischen Verhältnisse auffassen, dieselben sind, in denen wir die natürlichen Dinge auffassen, dass es sich also nicht um eine blosse Vergleichung, sondern in gewisser Beziehung um eine Gleichheit handelt" (!).

Diction die Aufmerksamkeit lenkt. Und wenn man sich weiter erinnert, dass ähnliche Missverständnisse wie das der „naturhistorischen" Ansicht zu Grunde liegende, der bei Entstehung derselben herrschenden philosophischen Richtung ganz geläufig waren, dass die völlige Vermengung von logisch richtigem und real existirendem das Princip der „dialektischen Methode" bildete, so wird man die besprochene Richtung der Jurisprudenz als eine nothwendige Folge des geistigen Gesammtzustandes ihrer Zeit ansehen und begreiflich finden. [1])

§ 12.

Es wird nun zu zeigen sein, wie alle Bestrebungen der neueren Privatrechtstheorie mit der entwickelten Tendenz zusammenhängen, wie alle Schwierigkeiten und Probleme der dogmatischen Constructionen nur von der Forderung ausgehen, die eben geschilderte eigenthümliche Begriffsbildung durchzuführen. Nennt man die Zubereitung der Rechtsbegriffe nach der angegebenen Tendenz „Construction", so kann man statt nach den Consequenzen der naturhistorischen Tendenz auch nach den Regeln oder „Gesetzen der Construction" fragen. Diese Frage hat bereits Ihering [2]) behandelt, allein wir können bei seiner Darstellung nicht stehen bleiben. Denn wenn auch alles was Ihering angibt ganz richtig ist, so betont er doch gerade den charakteristischen Punkt zu wenig.

[1]) Das Gefühl, dass die „naturhistorische Methode" eine Nachwirkung einer allgemeinen Geistesrichtung ist, hegt auch Kuntze, wenn er a. a. O. S. 101, sagt: „Es ist ein deutscher Charakterzug, die ungeformten Stoffe des Geistes mit lebendiger Trieb- und Gestaltungskraft zu durchdringen, einen Funken der eigenen Persönlichkeit und Gemüthswärme an sie abzugeben und auf diese unermüdliche Weise sich mit einer Welt organischer, plastischer Typen und Gebilde allseitig zu umgeben." „Wir huldigen diesem deutschen Geiste, indem wir jene symbolische Naturalistik, jene juristische Dynamik anbahnen". — Glücklicherweise hat der „deutsche Geist" sich von diesen Phantastereien, von diesem „intellectuellen Reflex des gothischen Stils" bereits gründlich erholt!

[2]) Geist, II. 2., S. 370 fg.: „Die juristische Construction und ihre Gesetze."

Da es die Aufgabe der Darstellung ist, den gesammten Rechtsstoff zu erfassen, so ist es eine selbstverständliche Consequenz, dass die naturhistorische Darstellung bei jeder Construction sämmtliche einschlägigen Rechtssätze berücksichtigen muss, dass also das „Gesetz der Deckung des Stoffes“ gilt. Und ebenso selbstverständlich ist, dass das Grundgesetz alles Denkens, das „Gesetz des Nichtwiderspruches“ sich auch hier geltend macht. Daher muss die Construction die Annahmen die sie selbst gemacht, die Definitionen die sie selbst aufgestellt hat, respectiren: „ein Begriff duldet keine Ausnahme, so wenig wie ein Körper sich selbst verleugnen, ausnahmsweise etwas anderes sein kann, als er ist“ [1]).

Als das charakteristische Grundgesetz müsste aber vor allem genannt werden das der „Natürlichkeit der Construction“; Ihering gedenkt desselben nur mit wenigen Worten, [2]) während die folgenden Ausführungen sich gerade darauf beziehen werden.

„Natürlich aber ist die Construction, wenn sie keine Abweichung von dem, was sonst in der natürlichen und sinnlichen Welt vor sich geht postulirt.“ Wenn sie also die Wirkungen der Rechtssätze aus den Zuständen und Eigenschaften der Rechtskörper ableiten kann und dabei die bei den Naturvorgängen gefundenen Gesetze beobachtet.

Und wir müssen nun fragen, welche Forderungen aus dieser Natürlichkeit sich ergeben und wie dieselben erfüllt werden.

In Bezug auf die ursachliche Verknüpfung führt das Streben nach Natürlichkeit dahin, die rechtlichen Gesammtwirkungen zu erklären als Resultate des Zusammentreffens verschiedener einfacher Wirkungen, welche für sich je einer bestimmten Ursache zugeschrieben werden können. Und diese

---

[1]) S. 374.

[2]) A. a. O. S. 381. Ihering erwähnt es als Consequenz des „Gesetzes der juristischen Schönheit,“ welchem er nur secundäre Bedeutung beimisst: „dies Gesetz ist also nicht wie die beiden ersten ein absolutes.“ S. 380.

Ursachen für die einzelnen Theilwirkungen erhält man, indem man den Thatbestand in Elemente zu zerlegen sucht, welchen eine gewisse constante Wirkung in allen Fällen zukommen soll, wo sie sich in einem Thatbestand vorfinden „Die moderne Doctrin hat das Bestreben, in dieser Zerlegung möglichst weit zu gehen."

Wie man die Entstehung der Gesammtwirkung aus den Theilwirkungen der einzelnen Elemente denken soll, darüber sucht man in verschiedenen Vergleichen einen Anhalt zu gewinnen. So sagt Windscheid[1]: „ die Endentscheidung ist das Resultat einer Rechnung, bei welcher die Rechtsbegriffe die Factoren sind; die Rechnung muss natürlich ein um so sichereres Facit ergeben, je fester der Werth der Factoren steht". Und Ihering[2]) bietet unmittelbar neben einander zwei Bilder; er spricht von einem „Rechtsalphabet", „was die Worte in der Sprache, das sind die Rechtsverhältnisse im Recht" und die Rechtsbegriffe sind gleich den Buchstaben, aus welchen die Worte zusammengesetzt werden. Daneben aber bezeichnet er die Technik des Rechts gerade in Beziehung auf das hier zu besprechende Zerlegen des Thatbestandes in einfache Elemente als eine „Chemie des Rechtes".

Die Durchführung dieser Zerlegung in constant wirkende Elemente ist nun nicht leicht, wir betrachten die gebräuchlichsten dabei anwendbaren Kunstgriffe.

Dazu gehört vor allem die Aufstellung von specifischen „localen" Elementen für die verschiedenen Arten der Rechtsverhältnisse, die man als die „Natur" des betreffenden Verhältnisses bezeichnet. Es vollzieht sich eine Scheidung innerhalb der Bestandtheile des Rechtes „indem die allgemeinen Gedanken sich nach und nach von ihrer Verbindung mit dem Speciellen und Concreten lösen und die ihnen zukommende abstracte Gestalt annehmen. Der Rückstand an Rechtssätzen der übrig bleibt, nachdem sie sich von ihm zurück-

[1]) Pand. I., § 24.

[2]) S. bes. Geist, II. 3., S. 353 fg.

gezogen haben, gehört ausschliesslich diesem speciellen Verhältnis an, das Geltungsgebiet dieser Rechtssätze ist also ein höchst beschränktes, local fixirtes" [1]).

Dies bietet auch in Bezug auf die allgemeinen Elemente den Vortheil, dass man ihnen eine gewisse stets gleichbleibende Wirkung zuschreiben kann, während sie dieselbe in manchen Fällen nicht zeigen, indem dann die Modification ihrer Wirkung dem Einflusse der „Natur" des Rechtsgebietes zugeschrieben wird, auf dem diese Fälle vorkommen. So könnte man z. B. dem Irrthum eine gewisse Wirkung zuschreiben, wenn auch die Folgen desselben bei letztwilligen Erklärungen unter sonst gleichen Umständen andere wären als bei Verträgen, indem die Abweichung auf Rechnung der „Natur" der letztwilligen Erklärungen gesetzt würde.

Während nun die Annahme einer localen Modification ganz im Sinne der naturhistorischen Tendenz liegt, ist das häufig gebrauchte Mittel, eine positivrechtliche „Ausnahme" zu statuiren und wol auch zu rechtfertigen, ein völliger Bruch mit derselben. Denn dass man die triftigsten Gründe dafür kennt, dass die fragliche Bestimmung getroffen wurde, ist gar nicht relevant, da die Construction es lediglich mit den einmal vorhandenen Entscheidungen zu thun hat. Solche Gründe muss man doch für alle Fälle voraussetzen, dieselben erklären aber nicht, warum die Construction eine richtige sein soll, obwol sie auf den fraglichen Fall nicht passt. Es ist das also nur das verhüllte Zugeständnis, dass die betreffende Construction nicht gelungen ist. Beispiele solcher „Ausnahmen" finden sich besonders in der Irrthumslehre, als Stützen des sogenannten „Willensdogma's" [2]).

Ein wichtiger Constructionsbehelf ist endlich die Auffassung der Rechtswirkung. Eine entsprechende Zerlegung und Wiederzusammenstellung kann in derselben die postulirte Wirkung des in Frage stehenden Elementes finden lassen

[1]) S. z. B. Zitelmann, Die juristische Willenserklärung, in Jahrb. f. Dogm., XVI., S. 357—436.

[2]) Geist, II. 2., S. 343, 344.

modificirt durch andere Elemente. Ein treffendes Beispiel ist die bekannte Construction des Erbvertrages, dessen Wirkung zerlegt wird in die eines Testamentes und eines vertragsmässigen Widerrufverzichtes.

Beispiele für die bezeichnete Behandlung des Thatbestandes finden sich in allen Theilen des Privatrechts, ich erinnere an die Lehren von den Eigenschaften der Sachen von dem Erwerb des Eigenthums durch Verbindung und Verarbeitung, von der Unmöglichkeit der Leistung. Der Lehre von den Willenserklärungen wurde schon gedacht, es sei nur noch auf den Missbrauch hingewiesen, der zu Constructionszwecken mit der „Parteiabsicht" getrieben wird. So will Windscheid[1]) den eigenthümlichen, wie Bechmann[2]) gezeigt hat, auf historische Momente zurückzuführenden Satz des Römischen Rechtes von dem Uebergange der Gefahr der Sache auf den Käufer erklären aus der auf „Entäusserung" gerichteten Absicht und Erklärung des Verkäufers, während doch die Absicht der Parteien im Gebiete des gemeinen Rechtes, wo dieser Satz gilt, keine andere sein kann, als im Gebiete z. B. des österreichischen Rechtes, wo er nicht gilt. Ebenso unzulässig sind die Versuche, die Unwiderruflichkeit der Offerte aus stillschweigenden Nebenberedungen zu construiren, oder gar für das gemeine Recht einen reinen Vertrag zu schaffen durch Supponirung einer eben auf Geltung des Hauptvertrages als reinen gerichteteten Nebenabsicht.

Zu den eigentlichen Constructionsschwierigkeiten führt eine weitere Forderung, welche die „Natürlichkeit" der Construction mit sich bringt; es muss nämlich zu jeder Wirkung eine zureichende, unmittelbar vorhergehende Ursache gefunden werden. Desshalb muss man zunächst genau feststellen, wann eine zu erklärende Wirkung überhaupt vorliegt. Da man die Zustände der Rechte als das zu erklärende ansieht, so ist festzustellen, wann von Entstehung, Aenderung, Untergang eines Rechtes gesprochen werden kann; genauer, es ist der Begriff des subjec-

[1]) II. § 321[18].

[2]) Der Kauf. I. 1876.

tiven Rechtes so zu bestimmen, dass alle gesetzlichen Verfügungen als Zustandsänderungen von Rechten erscheinen.

Auf die verschiedenen Definitionen brauche ich hier nicht einzugehen, da ja nur die Beziehungen der Probleme, welche die neuere Doctrin beschäftigen, zu der aufgestellten Grundtendenz nachzuweisen sind. Auch darauf, dass die Schwierigkeiten, die einzelnen Rechte nach Inhalt oder Gegenstand zu bestimmen, in letzter Linie von der allgemeinen Definition des subjectiven Rechtes sich herschreiben, sei nur kurz hingewiesen; [1]) aber besondere Aufmerksamkeit dürften einige Punkte verdienen, welche dem „System der subjectiven Rechte" noch nicht eingefügt werden konnten.

Ich erwähne vor allem die „natürlichen Verbindlichkeiten"; es zeigen sich dort, wo man von solchen spricht, gewisse Folgen von gesetzlichen Bestimmungen, rechtliche Wirkungen, „Kennzeichen der Naturalobligation" und im Sinne der naturhistorischen Auffassung ist, wie Schwanert [2]) ganz richtig sagt, „wohl zu beachten, dass die Naturalobligation selbst von diesen Kennzeichen zu scheiden ist; nicht diese Zeichen bilden die Naturalobligation, sondern sie setzen dieselbe voraus, zeigen sich an ihr und auf dem Grunde dieser Obligation." Ist aber diese Obligation ein Recht? Wenn nicht, was ist sie sonst; wenn sie nicht ein „juristischer Körper" ist, was kann sie sein? Wenn man einfach sagt ein „uneigentliches Recht" [3]) so ist das offenbar nicht im naturhistorischen Stile, denn von uneigentlichen Körpern hat noch niemand gesprochen.

Ein Problem für die betrachtete Auffassung enthält, wie zuerst Ihering [4]) entdeckt hat, auch die Gruppe der Erscheinungen, welche er als „Reflexwirkungen" bezeichnet;

[1]) Besondere Schwierigkeiten machen z. B. die complicirteren Formen des Pfandrechts, welche die viel bestrittene Kategorie der „Rechte an Rechten" hervorgerufen haben.

[2]) Die Naturalobligation, S. 180.

[3]) Windscheid. II., § 288.

[4]) Jhrb. f. D. X., S. 245—354.

es sind günstige Folgen von gesetzlichen Bestimmungen und doch keine Rechte.

Es sei endlich nur noch auf den Erbverzicht hingewiesen. Ein giltiger Erbverzicht hat eine bedeutsame praktische Folge und dass dies die Wirkung einer gesetzlichen Bestimmung, also eine rechtliche Wirkung ist, steht ausser Zweifel; aber ist diese Wirkung Begründung, Aenderung oder Aufhebung eines „Rechtes"? Von Hofmann[1]) wird schlagend ausgeführt, dass der Erbverzicht nicht eine obligatorische Verpflichtung des Verzichtenden schafft, dass aber auch kein „Recht" desselben vorliegt, welches könnte aufgehoben werden; es fehlt also hier eine Construction[2]).

Für jeden rechtlichen Zustand ist nun eine zureichende Ursache zu eruiren; diese Forderung macht für eine Reihe von Fällen eine besondere Construction nöthig, über welche durchaus keine Einigung erzielt worden ist. Windscheid[3]) stellt hier die Kategorie der „Abschwächung der Rechte" auf, Ihering[4]) spricht von „Rechten mit blos passiver Wirkung", Koeppen[5]) glaubt mit dem Begriffe des Pendenzverhältnisses auszukommen. Freilich sind die Gruppen der Fälle, für welche jede der angeführten Constructionen bestimmt ist, durchaus nicht gleich, allein die zu lösende Schwierigkeit ist überall dieselbe. Es ist nämlich in den fraglichen Fällen für den Eintritt einer gewissen Wirkung ein Umstand massgebend, dem eine solche Wirkung sonst nicht zukommt, der sonst überhaupt juristisch bedeutungslos sein kann. Da muss nun

[1]) Wesen, und Wirkung des Erbverzichtes und Erbvertrages, in Grünhut's Ztschr. III., S. 649–669. S. auch Pfaff-Hofmann, Excurse über östr. a. b. R., S. 31 fg.

[2]) Hofmann selbst hat einfach den Inhalt der Rechtssätze dargestellt ohne ihn zu „construiren." Nicht ganz richtig heisst es daher, a. a. O. S. 662: „So vermeidet diese Construction die theoretischen und praktischen Widersprüche, an denen die herrschende Lehre leidet".

[3]) I. § 65.

[4]) Jhrb. f. D. X., S. 387—580.

[5]) Fruchterwerb des *bonae fidei possessor* 1872 (Festschrift).

geholfen werden. Wenn also der Eigenthümer, dessen Sache mit einer fremden verbunden war, so lange die Verbindung dauert, machtlos ist, aber durch Trennung der Sache sein volles Recht wieder erhält, so kann der jetzige Zustand nicht die Wirkung der Trennung der Sache allein sein, daher wird auch für die Zeit wo keine Wirkung zu bemerken ist, eine solche fingirt; es existirt dann ein „abgeschwächtes, ein ruhendes Recht“ [1]).

Wenn ferner durch Eintritt der Resolutivbedingung das übertragene Eigenthum zurückfällt, wenn durch die Rückkehr des Gefangenen alle seine Rechte wieder erstehen, wenn das Eigenthum des gutgläubigen Besitzers an den Früchten der Sache nur nach der Thatsache, dass er sie verzehrt hat, sich richtet, so ist zwar an den gesetzlichen Bestimmungen selbst nichts zweifelhaft, aber vom naturhistorischen Standpunkt aus fehlt es an einer genügenden Ursache des neuen Rechtszustandes, und deshalb muss man etwa eine Pendenz der früheren Stadien des fraglichen Rechtsverhältnisses annehmen oder ein ähnlichess Mittel gebrauchen [2]).

§ 13.

Wenden wir uns nun zur Beurtheilung des eben dargestellten Verfahrens der Privatrechtslehre. Unser eigentlicher Zweck würde an dieser Stelle nur verlangen, dass wir die Bedeutung der Begriffsbildung für die Darstellung des Privatrechts würdigen. Allein man könnte derselben vielleicht auch eine viel weiter reichende Bedeutung beimessen, nämlich die eines Versuches zu eigentlicher wissenschaftlicher Thätigkeit, und der Zweck unserer Untersuchung fordert, dass wir an dieser Möglichkeit nicht vorbeigehen.

---

[1]) S. Windscheid, Pand. I. § 188[13]: „Aber woher das Eigenthum des früheren Eigenthümers nach der Trennung, wenn er in der That aufgehört hat Eigenthümer zu sein? Veränderung des räumlichen Verhältnisses einer Sache ist doch kein Eigenthumserwerbsgrund. Nur die Kategorie des ruhenden Rechts leistet den erforderlichen Dienst“.

[2]) Sehr klar tritt die construirende Thätigkeit bei dem ebenfalls hierher gehörigen Fall des *peculium castrense* in der Darstellung von Fitting, das *castrense peculium*, 1871, hervor.

Wiefern könnte also die Begriffsbildung streng wissenschaftliche Arbeit in unserem Sinne sein? Insofern als man offenbar allen gesetzlichen Vorschriften die Eigenschaft zuschreibt, sich nach der dargestellten Art und Weise in Begriffe zwängen, sich naturhistorisch construiren zu lassen. Und indem man diese Behauptung einer gemeinsamen Eigenschaft aller Vorschriften durch die consequente Durchführung der Constructionen inductiv zu beweisen sucht.

Man hat allerdings m. W. die Behauptung jener allgemeinen Eigenschaft des Rechtes niemals so nackt hingestellt, aber man hat doch ihre Richtigkeit voraus gesetzt. Wie hätte man sonst so unendliche Mühe an die Erfindung von Constructionen verschwenden mögen? Wie hätte man insbesondere bei der Rechtfindung durch Analogie folgenden Schluss in Anwendung bringen können: Wenn alle bekannten Sätze in einem bestimmten Gebiete des Privatrechts einer naturhistorischen Construction sich gefügt haben, so müssen auch die noch zu findenden Sätze derselben Construction sich fügen, und können dann mit Hilfe derselben ermittelt werden.

Man hat auch die Durchführung der einzelnen Constructionen nicht mit der bewussten Absicht unternommen, die allgemeine Construirbarkeit zu beweisen. Allein dies alles ändert nichts an der Thatsache, dass man, wenn auch ohne klares Bewusstsein, bisher dasjenige Verfahren angewendet hat, welches wir in den vorstehenden Abschnitten als das streng wissenschaftliche dargestellt haben.

Dem Gegenstande und der Methode der Untersuchung nach könnte also die bisher versuchte Begriffsbildung allerdings wissenschaftliche Arbeit sein, allein es fehlt als letztes Erfordernis die Richtung auf ein wissenschaftlich werthvolles Resultat, auf ein Resultat, welches zugleich über den Zusammenhang der rechtlichen Erscheinungen mit allen übrigen Licht zu werfen vermöchte.

Ob man nun ein solches Resultat in der Erkenntnis, dass alle Sätze des Privatrechts sich in naturhistorische Constructionen zwängen lassen, finden kann oder nicht, darüber

dürfte ein zwingender Beweis schwer zu erbringen sein. Ich meine aber, dass jeder der sich die Frage klar und unbefangen vorlegt, ohne nach weiteren Gründen zu fragen der Ansicht beipflichten wird, dass jene Erkenntnis, wäre sie auch sicher erwiesen, doch ganz gleichgiltig und werthlos wäre. Wenn jemand anderer Ansicht sein und jene Erkenntnis für eine werthvolle Errungenschaft halten sollte, dann mag er ja immerhin noch neuen Constructionen nachjagen. Aber man darf sich wol der Hoffnung hingeben, dass die allgemeine Ueberzeugung der hier vertretenen Ansicht sich zuwenden wird.

So erscheinen die Bestrebungen, welchen sich die deutsche Jurisprudenz in den letzten Decennien hingegeben hat, zwar als Ansatz zu wirklich wissenschaftlicher Arbeit, als Ansatz aber, der in verfehlter Richtung geschehen ist.

Es fragt sich nun zweitens, ob die Bildung der Begriffe von subjectiven Rechten nicht wenigstens zu einer Darstellungsform führt, welche die von uns in Aussicht genommene wissenschaftliche Thätigkeit begünstigt?

Auch diese Frage ist entschieden zu verneinen. Denn wir haben es als wahrscheinlich hingestellt, dass die charakteristische Eigenschaft der Privatrechtssätze nicht in ihren unmittelbaren Wirkungen für den Einzelnen, der in Privatrechtsverhältnissen steht, zu suchen sein dürfte. Und für eine Untersuchung, welche von dieser Annahme ausgeht, kann natürlich eine Darstellung, welche gerade jene Wirkungen für den direct Begünstigten hervorhebt, nicht förderlich sein.

Das „System der subjectiven Rechte“ ist aber dadurch, dass es gerade die nebensächlichen Momente der rechtlichen Wirkungen hervorhebt, nicht allein keine Vorarbeit für die wissenschaftliche Untersuchung; es ist derselben sogar hinderlich, denn das stete Vortreten der nebensächlichen Momente muss nothwendig den Blick stören und ablenken von jenen

Beziehungen, in welchen sich gerade die charakteristische Wirkung des Rechtes entdecken liesse. [1])

§ 14.

Kommen wir so zu dem Resultat, dass das System der subjectiven Rechte für die wissenschaftliche Darstellung nicht anwendbar ist, so ergibt sich die Frage, in welcher Form das Privatrecht darzustellen ist? Die Antwort welche sofort sich darbietet ist folgende: Wenn wir die rechtlichen Vorschriften nicht mehr in subjective Rechte verwandeln wollen, so werden dieselben eben ihre natürliche gebietende Form beibehalten.

Wenn sich kein Anlass bietet diesen Standpunkt zu verlassen, so werden wir auf demselben stehen bleiben können. Wir werden daher zu erwägen haben, welche Vortheile und Nachtheile diese Darstellungsform mit sich bringt und ob sich nicht eine Verbesserung derselben finden lässt. Allein zuvor müssen wir den Standpunkt, zu welchem wir jetzt gelangt sind, von jenem abgrenzen, den Thon in seinem vielbesprochenen Buche „Rechtsnorm und subjectives Recht“ eingenommen hat.

Thon geht zwar wie wir von der Annahme aus, dass die Natur des Rechtes imperativisch, dass dasselbe nur ein Complex von Normen ist. Allein er verfolgt dasselbe Ziel wie die geschilderte naturhistorische Doctrin, er sucht „den Punkt zu bestimmen, an welchem das objective Recht zugleich zum Rechte des Einzelnen wird.“ Er versucht „den Nachweis, dass wir mit diesem einen Ausdruck (subjectives Recht) heute vier verschiedene und scharf zu trennende Begriffe verbinden, von denen nur der eine, die Anwartschaft auf Ansprüche, die Bezeichnung als „Recht“ in Wahrheit verdient.“ [2])

---

[1]) Darauf hat schon Ihering hingewiesen, indem er (Geist, III 1. S. 309) die naturhistorische Richtung als höchst bedenklich bezeichnete — „bedenklich aus dem Grunde, weil eine Scheinbegründung diese logische Selbsttäuschung von den wahren Quellen in denen allein die letzten Gründe der Rechtssätze su suchen sind, und damit von dem wahren Verständnisse des Rechtes überhaupt abführt.“

[2]) Rechtsnorm und subjectives Recht. 1878. Vorrede V.

Thon versucht also den Begriff des subjectiven Rechtes richtiger zu fassen. Nach welchen Gesichtspunkten entscheidet er aber über die Richtigkeit dieses Begriffs? Nur danach, ob derselbe die allgemeine Durchführbarkeit der Constructionen ermöglicht.

Bei dieser Sachlage ist es für uns natürlich nicht von Interesse, ob es Thon gelungen ist seinen Rechtsbegriff richtiger zu formuliren als es sonst üblich. Wir haben jedoch noch auf die gegen sein Buch erhobenen Einwände einzugehen sofern dieselben auch unsere Ausführungen treffen, sofern sie sich also gegen die auch von uns vorausgesetzte imperativische Natur der Rechtssätze richten.

Man hat sich vorzüglich auf die Behauptung gestützt, dass der Inhalt jener Rechtssätze, welche eine Gewährung, eine Erlaubnis aussprechen, durch die blosse Angabe von gebietenden Sätzen sich nicht vollständig wiedergeben lässt, um daraus zu schliessen, dass nicht alle Rechtssätze gebietende sein können.

Die Behauptung ist an sich ganz richtig, unrichtig nur der daran geknüpfte Schluss. Man muss nur festhalten, dass die subjectiven Rechte nicht blos die Vorschriften selbst, sondern auch noch die Wirkungen derselben enthalten. Dann folgt aber aus der Thatsache, dass man die subjectiven Rechte nicht durch die Befehle allein ausdrücken kann, nicht dass die berechtigenden Sätze keine Befehle enthalten, sondern nur, dass sie mehr als Befehle enthalten.

Dass bei der Verwandlung der berechtigenden Sätze in befehlende ein Moment unberücksichtigt bleibt, ist also von unserm Standpunkt aus kein Hindernis, dieselbe vorzunehmen, sondern gerade der Grund, weshalb wir dies anstreben.

Man hat aber auch durch Erwägungen über die logische Natur und Bedeutung des Imperativs und des Gesetzes zu widerlegen gesucht, dass das Recht ausschliesslich aus gebietenden Sätzen besteht. Obwol diese Erwägungen aus handgreiflichen Missverständnissen hervorgehen, so dürfte eine ausführliche Wiederlegung derselben doch angezeigt sein, da es sich um eine principielle Frage handelt, bei welcher auch der

Schein, als wäre noch etwas dunkel und zweifelhaft, zu vermeiden ist. Nur verweisen wir diese Widerlegung um den Zusammenhang nicht zu unterbrechen, in den Anhang.

Was endlich die Opportunitätsgründe betrifft, die man gegen den Vorschlag, im Privatrecht die Form der gebietenden Sätze wieder herzustellen, einwenden könnte, so ergibt sich nach unseren Ausführungen ihre Untriftigkeit von selbst. Man konnte zwar gegen Thon einfach sagen, dass „keinerlei Gründe vorzuliegen scheinen, dass wir uns mit dem bisherigen juristischen und populären Reden und Denken in einen derartigen Gegensatz stellen;“ [1]) Allein die vorliegenden Ausführungen sind gerade bestimmt die Gründe für die Veränderung der Darstellungsform anzugeben und dürften doch wenigstens das erreicht haben, dass dem Gegner der nackte Widerspruch unmöglich gemacht ist.

Freilich bezieht sich die gegebene Begründung nur auf die Darstellung zu eigentlich wissenschaftlichen Zwecken, nicht auf jene, die blos zu praktischen Zwecken bestimmt ist. Wir meinen aber auch nicht im entferntesten, als ob nun die bisher übliche Auffassung und Ausdrucksweise aus dem Gesetze, vor den Gerichten und von den Lehrstülen plötzlich verschwinden sollte. Was wir aber entschieden betonen müssen, ist, dass man die Verfolgung des einen Zweckes nicht durch die gleichzeitige Berücksichtigung eines andern beirren darf, dass man die Wissenschaft in ihrer Arbeit nicht hemmen darf, durch die ungereimte Forderung: sie solle sich an die Praxis anlehnen oder die volksthümliche Auffassung, mag dieselbe auch tausend Jahre alt sein, respectiren.

Ob die neue Darstellungsart sich nicht auch für die praktischen Zwecke brauchbar und vortheilhaft erweisen wird, ist eine ganz selbständige Frage, welche sich im vorhinein nicht entscheiden lässt. Sollte es aber auch nicht der Fall sein, so wird die Wissenschaft dieselbe doch adoptiren können, wenn sie nur dadurch zu günstigen Resultaten gelangt. Die

[1]) Merkel, in Grünhut's Zschr., VI. S. 373.

sicheren Resultate einer Wissenschaft haben sich ja noch immer und in jeder Beziehung auch als praktisch werthvoll erwiesen.

§ 15.

Wie wird sich nun die Darstellung der Privatrechtssätze in gebietender Form gestalten müssen? Wir werden die Erörterung dieser Frage am besten an die Beurtheilung des Vorschlags knüpfen, den Binding für die Darstellung des Strafrechts gemacht hat.

Binding geht von der Erwägung aus, dass die Strafgesetze sich nicht an diejenigen Personen wenden, deren Verhalten sie eigentlich beeinflussen wollen. Sie wollen eine gewisse Handlungsweise der Unterthanen erzielen, aber sie sprechen das nicht direct aus. Binding hat nun vorgeschlagen, die Regeln welche für das Verhalten der Unterthanen gelten, welche durch die Aufstellung der Strafgesetze stillschweigend mit aufgestellt werden, ausdrücklich auszusprechen und in Geboten neben den Strafgesetzen zu formuliren. Binding will diese Gebote an die Unterthanen Normen nennen, wir werden sie Primärnormen, die Strafgesetze sowie die ihnen entsprechenden Privatrechtssätze aber Secundärnormen nennen.

Es fragt sich nun, in welchem Verhältnis stehen diese beiden Arten von Normen, was sind insbesondere die Primärnormen? Zergliedern wir, um diese Frage zu beantworten, den Sinn der befehlenden Sätze überhaupt.

Soll das Aussprechen eines Wunsches nicht blos eine gewisse innerliche Befriedigung gewähren, sondern zur Erreichung des gewünschten Erfolges selbst beitragen, so ist erforderlich, dass er einem Menschen gegenüber ausgesprochen wird, durch dessen Handeln dieser Erfolg unmittelbar oder mittelbar herbeigeführt werden kann; weiter aber auch, dass der Angesprochene geneigt ist, die Wunschäusserung als Motiv zum Handeln anzusehen. Ob der Sprechende das letztere vernünftiger Weise erwarten kann, hängt von dem Verhältnis ab, in welchem er zu dem Angesprochenen sich befindet. Das Aussprechen eines Wunsches behufs Erfüllung desselben enthält also immer den Nebengedanken, dass ein

entsprechendes Verhältnis zwischen den beiden Personen bestehe; und seine genauere Bestimmung findet dieser Nebengedanke in der Wahl der Worte oder mindestens des Tonfalles, wonach sich die beiden Arten des Wunschsatzes, Bitte und Befehl, unterscheiden. Welches Verhältnis vorausgesetzt wird bei der Wahl der Bitte, lassen wir unerörtert; wer aber einen Befehl ausspricht, setzt voraus, dass ihm eine genügende Macht dem Angesprochenen gegenüber zustehe, um dessen Gleichgiltigkeit oder Abneigung gegen die gewünschte Handlung zu überwinden.

Um nun das vorausgesetzte Machtverhältnis zu einem möglichst kräftigen Motiv zu machen, wird dem Befehl die Drohung hinzugefügt, d. h. die Ankündigung einer gewissen dem Angesprochenen unangenehmen Handlung für den Fall, dass er sich nicht wie gewünscht verhalten sollte. Es wird also durch die Drohung auf die Consequenzen des Machtverhältnisses aufmerksam gemacht und der Entschluss angekündigt, dieselben im vorliegenden Fall, wenn nöthig, zu ziehen. So erscheint der Drohbefehl als die stärkste und vollständigste Form des Wunschsatzes.

Aber die Drohung stellt sich so sehr als das Gewichtigere dar, dass sehr häufig zur Verkürzung des Ausdrucks der Befehl selbst weggelassen und nur die Drohung ausgesprochen wird. Dass der Gedankeninhalt dadurch nicht verändert und dass auch so der Zweck des Sprechenden vollkommen erreicht wird, da der Angesprochene über die gewünschte Handlung und darüber, dass sie von ihm gefordert wird, nicht zweifelhaft sein kann, das bedarf keiner weiteren Darlegung. Dann werden wir aber nicht anstehen, auch in dem blossen Aussprechen der bedingten Drohung eine Ausdrucksform des Wunschsatzes, des Befehls zu finden. Wir haben somit zwei gleichwerthige Formen des Drohbefehls, die directe, durch einen Befehl und eine Drohung und die indirecte, einfach durch eine bedingte Drohung ausgedrückt.

Dass nun die Secundärnormen, die Strafgesetze, indirecte Drohbefehle sind, bedarf keines weitläufigen Beweises. Der

Staat kündigt eben durch die ganze Organisirung der Strafjustizpflege eine für die Gesetzunterworfenen unangenehme Handlungsweise an. Und zwar für den Fall, dass jene sich nicht in einer gewissen gewünschten Weise verhalten würden. Der Staat droht also, um auf die Unterthanen einzuwirken, er befiehlt durch Drohungen.

Für diese Eigenschaft der Secundärnormen indirecte Drohbefehle zu sein, ist es natürlich gleichgiltig, ob dieselben an sich betrachtet Befehle für Staatsbeamte sind oder nicht. Vielleicht kann der Staat wirksame Drohungen auch in anderer Weise aussprechen, als durch die Kundmachung der für die Beamten aufgestellten Regel, vielleicht lassen sich Fälle nachweisen, wo er es schon gethan hat. Aber das Strafgesetz und das Privatrechtsgesetz enthält factisch nichts als Vorschriften für den Richter. [1])

Dann sind aber die Primärnormen, um deren Aufstellung es sich uns handelt, die directen Befehle an die Unterthanen, welche neben den an ihre Uebertretung geknüpften Drohungen überflüssig geworden und weggefallen sind.

Es fragt sich nun, wie die beiden Arten von Normen bei der Darstellung zu berücksichtigen und zu verwerthen sind.

Man gewinnt für diese Frage nichts durch die Behauptung, dass die Primärnormen neue, selbständige Rechtssätze sind.

Binding [2]) hält die beiden Arten von Normen für gleichwerthig und will sie deshalb bei der Darstellung in gleicher Weise berücksichtigen. Er erklärt die Normen für Sätze des „ungesetzten Rechtes", worunter er Willenserklärungen des Gesetzgebers versteht, welche nicht ausdrücklich durch Worte, sondern durch concludente Handlungen

[1]) Binding leugnet das zwar und behauptet, die Strafgesetze seien Befehle, die der Staat sich selbst gibt (Norm. I., S. 11—14). Ein Befehl an sich selbst ist natürlich ein Unding. Die ganze Auffassung aber beruht, wie schon Thon (a. a. O. S. 9, Anm. 26) richtig hervorgehoben hat, auf einer Verwechslung. Es liegt allerdings eine Ankündigung staatlichen Entschlusses, staatlicher Handlung vor, allein sie findet eben ihren Ausdruck in der Aufstellung von Befehlen an Beamte.

[2]) Norm. I., S. 66. fg.

erfolgt sind. Er setzt also die Normen mit den durch Analogie gefundenen Sätzen auf gleiche Stufe. Allein es ist durchaus unrichtig, in den Normen neue selbständige Bestandtheile des Rechtes zu erblicken, welche mit den Strafgesetzen gleichen Werth und gleiche Bedeutung hätten.

Man könnte sie wohl in gewissem Sinne als selbständige Rechtssätze bezeichnen. Denn da jeder Rechtssatz eine Willenserklärung enthält, so wird man als selbständig jenen bezeichnen können, der eine neue selbständige Willenserklärung enthält. Als solche aber könnte man nicht nur eine auf etwas neues gerichtete Erklärung ansehen, sondern auch eine auf's neue wiederholte Willenserklärung. Und nur in dem letzteren Sinne könnte man die Primärnormen als selbständige Rechtssätze bezeichnen.

Aber sie enthalten keine neuen gesetzlichen Verfügungen und ihre Aufstellung lässt den Inhalt des Gesetzes ganz unverändert. Das was sie aussprechen würden, hat ja durch die Secundernormen seinen zwar indirecten, aber unzweideutigen Ausdruck gefunden. Sie haben also für sich selbst keine Berechtigung dargestellt zu werden.

Wenn wir daher davon ausgehen, dass das wirklich geltende Gesetz dargestellt werden soll, so haben in erster Linie die Secundärnormen den Gegenstand der Darstellung zu bilden. Und wenn wir dabei die Primärnormen irgend berücksichtigen wollen, so können sie keine selbständige Rolle spielen, sondern nur zu dem Zwecke in Betracht kommen, den Inhalt der Secundärnormen zu verdeutlichen.

Dass sie nun zu diesem Zwecke sehr förderlich sind, ist leicht ersichtlich. Die Secundärnormen für sich allein leiden an dem Mangel, dass ihr Verhältnis zu einander, ihre Zusammengehörigkeit nicht deutlich hervortritt, selbst die Tragweite der einzelnen kann sich leicht verbergen. Es ist hier wie bei einem vertieften Stempel, der ein erhabenes Bild in Wachs abdrucken soll, man sieht zunächst nur eine regellose Masse von Linien und um ihren Zusammenhang zu verstehen, muss man erst das ausgedrückte Bild sich daneben halten.

So erscheinen auch die staatlichen Drohungen zuerst blos als eine zufällige Häufung von Einzelheiten. Ihr Zusammenhang aber wird klarer, wenn man sich dabei vergegenwärtigt, welche Wirkung sie auf die Unterthanen ausüben sollen.

Es ist das unbestreitbare Verdienst Bindings, dass er zuerst auf den Werth dieses Hilfsmittels bei der Darstellung des Strafrechtes aufmerksam gemacht hat. So gut wie im Strafrecht kann dieses Hilfsmittel aber auch im Privatrecht zur Anwendung kommen. Es wird hier sogar nothwendiger sein. Denn die Gebote, deren Einhaltung durch die Strafgesetze erzwungen werden soll, sind weit leichter erkennbar, da sie meist mit den von der Moral aufgestellten zusammenfallen. Während man für das Civilrecht nach diesen Geboten noch gar nicht gefragt hat.

Wir gelangen daher zu dem Resultat, dass zu wissenschaftlichen Zwecken das Privatrecht nach Beseitigung der Begriffe der subjectiven Rechte in der Form von Secundärnormen, jedoch mit Berücksichtigung der Primärnormen darzustellen ist.

Es erübrigt zum Schlusse noch im Allgemeinen anzugeben, in welcher Weise die projectirte Darstellung durchgeführt werden kann und wie sich dieselbe zu der bisherigen verhalten wird.

§ 16.

Versuchen wir uns zu orientiren, in welcher Weise die Darstellungsart an den Rechtssätzen wie sie jetzt im Gesetze und in der Theorie überliefert sind, durchzuführen wäre, so gilt es zunächst, die bunte Mannigfaltigkeit der Erscheinungen in grosse Gruppen zu sondern. Wir adoptiren dazu die von Thöl[1]) aufgestellte Eintheilung der Rechtssätze in berechtigende, begriffsentwickelnde, verneinende.

Von den beiden letzten Classen macht eine kurze Betrachtung klar, dass sie den Namen Rechtssätze mit Unrecht führen, wenn man damit mehr bezeichnen will als blos Sätze, welche in einem Gesetze vorkommen. Denn die begriffsent-

[1]) Einleitung in das deutsche Privatrecht. S. 96, 97.

wickelnden Sätze enthalten nichts als Verbaldefinitionen, Bestimmungen über die Bedeutung, in welcher gewisse Ausdrücke im Gesetze gebraucht werden, sie sind für den Inhalt des Gesetzes völlig entbehrlich und dienen nur zur Erzielung einer kurzen Ausdrucksweise.

Aber auch die negativen Sätze, welche in den Gesetzen vorkommen, dienen nur zur Erleichterung und Verdeutlichung des Ausdrucks. Jede Wirkung, die das Gesetz ausüben will, ist eine positive Beeinflussung menschlicher Handlungen; wenn alle Punkte positiv angegeben werden könnten, wo eine Beeinflussung stattfinden soll, so wäre jede negative Bestimmung unnöthig. Sie werden aber gebraucht, wenn sich z. B. für einen positiven Rechtssatz ein bequemer, aber etwas zu weiter Ausdruck findet, indem man vorzieht, denselben doch zu adoptiren, aber die Weite desselben durch eine sog. Ausnahme zu beschränken. [1]) Kurz, sie werden nur dort angewendet, wo die positiven Sätze den Umfang des Rechtsgebietes nicht genau erkennen lassen, wo daher eine negative Grenzbestimmung an einzelnen Punkten erwünscht scheint. Die beiden Arten von Sätzen sind also blos Hilfsmittel der Darstellung und enthalten keine nothwendigen Bestandtheile des Rechtsstoffes.

Wir werden bei dem Versuche einer neuen Darstellung natürlich nicht umhin können, von denselben Mitteln Gebrauch zu machen, in welcher Weise dies aber geschehen muss, hängt ganz allein von der Art dieser Darstellung ab und hat mit den Anwendungsfällen dieser Hilfsmittel in der bisherigen Darstellung gar nichts zu thun. Wir können daher die begriffsentwickelnden und verneinenden Sätze hier bei Seite lassen und wenden uns blos zu den sog. berechtigenden Rechtssätzen.

Thöl [2]) theilt diese wieder ein in gebietende, verbietende, erlaubende. Halten wir fest, dass Beeinflussung menschlicher Handlungen den Inhalt aller Rechtssätze bildet, so unterscheiden sich die ersten beiden Classen, welche wir als die

[1]) Ein Beispiel bei Thon a. a. O., S 350, Anm.

[2]) A. a. O. S. 101 fg.

befehlenden zusammenfassen, von der dritten nur durch ihre Ausdrucksform, indem sie die beabsichtigte Beeinflussung direct angeben, während die letzteren sie nur indirect erkennen lassen. Und unsere Aufgabe stellt sich einfach dahin, den erlaubenden Sätzen, welche freilich die grosse Mehrzahl bilden, ebenfalls die befehlende Form zu geben, sie also mit Beseitigung der subjectiven Rechte zunächst als Befehle an den Richter darzustellen und ihnen dann die Primärnormen beizufügen.

Von dem ersten Schritte können wir uns leicht eine Vorstellung machen, wenn wir uns einfach an das Römische Recht anschliessen. Es ist ja im vorstehenden ausgeführt worden, dass das System der subjectiven Rechte eine Schöpfung der neueren Zeit, dass dasselbe erst in den letzten Jahrzehnten vollendet worden ist. Man hat die Römische „Sprache der Actionen“ in die „Sprache der subjectiven Rechte“ erst übersetzt, es steht uns frei, den Schritt zurückzumachen und uns einfach an die Ausdrucksweise der Römer zu halten. Wir werden also statt von Rechten wieder von Klagen sprechen, wobei wir das Wort natürlich in der Bedeutung: Anwartschaft auf günstiges Urtheil gebrauchen; wir werden in der Aufstellung, Gewährung von Klagen die ganze Thätigkeit des Gesetzgebers sehen.

Aber ganz unverändert können wir die Römische Darstellung nicht annehmen, wir müssen vielmehr die Wirkungen der Duplicität der Rechtsentstehung, welche für uns jede Bedeutung verloren haben, zu beseitigen suchen und die Rechtssätze des *jus civile* und des *jus honorarium* als völlig gleichwerthige auch in gleicher Form nebeneinanderstellen. Und zwar werden wir nicht die praetorischen Sätze in die civile Form verwandeln, sondern umgekehrt auch das ganze *jus civile* durch Proponirung von *in factum actiones* gegeben denken.

Oder noch besser, denken wir den ganzen Rechtsstoff statt durch Ankündigung der Gewährung von Actionen durch die ganze Reihe der möglichen Klagformeln ausgedrückt.

Dass dies möglich ist, wird wol nicht zu bezweifeln sein, hätten wir vom Römischen Rechte nichts als die Reihe der im Album des Prætors vorgeschriebenen Klagformulare erhalten, wir würden wol von dem Inhalt desselben nichts vermissen.

Dann haben wir aber das Privatrecht in der deutlich ausgesprochenen Form von Secundärnormen, von Befehlen an den Richter: *si paret . . .*, *condemna!* Und wenn wir das Verfahren *in jure* und *in judicio* vereint einem ständigen Richter übertragen denken, dem alle jene Formeln auf einmal zur eventuellen Beachtung vorgeschrieben sind, so haben wir auf die einfachste Weise den ersten Schritt in der beabsichtigten Richtung gethan.

Es wird vielleicht zur Verdeutlichung unseres gegenwärtigen Standpunktes beitragen wenn wir hervorheben, dass wir zu demselben auch gelangen durch die abstrahirende Behandlung der denkbar einfachsten Form des Rechtes, der Einzelentscheidungen. Entfernt man aus einer unendlichen Menge gefällter Einzelurtheile blos die Angaben der individuellen Momente, so gelangt man eben zu einer Reihe von Urtheilsformularen, wie der Römische Prætor sie aufstellte, welche für alle künftigen Fälle nur wieder die Ausfüllung mit den speciellen Daten erfordern.

Alle weiteren Abstractionen, alle bisherigen Bearbeitungsversuche sind abgestreift, insbesondere die Zusammenfassungen verschiedener Rechtsbestimmungen, welche darum erfolgt sind, weil in Wirklichkeit die Entwicklung der Verhältnisse den einen Thatbestand auf den andern folgen lässt, wie z. B. in den Fällen, wo man von Uebertragung und Endigung der Rechte spricht. Natürlich fällt dann auch der Begriff der Exceptionen weg, der in seiner Function für das Römische Recht als ergänzende negative Grenzbestimmung an den Punkten, wo das Civilrecht nicht mehr genau genug unterschied, heutzutage wie fast allgemein anerkannt, jede Bedeutung verloren hat, der aber als Behelf für Constructionen noch von manchen Seiten beibehalten wird. Kurz, es werden alle einzelnen Bestimmungen mit dem vollständigen Thatbestand

und mit der vollständigen Entscheidung angegeben und ganz unvermittelt und unabhängig nebeneinander gestellt.

Eine Vorstellung von dem so erreichten Zustande gibt eine Betrachtung des Strafrechtes, das ja ebenfalls blos die Anweisungen für die richterliche Behandlung jedes einzelnen Falles nebeneinander stellt. Wir entnehmen daraus, dass es durchaus schief wäre, hier an ein wüstes Durcheinander schwerfälliger Bestimmungen zu denken, vielmehr wird die Anwendung einer ausgebildeten Terminologie und die systematische Zusammenstellung des Gleichartigen auch dieser Form der Privatrechtssätze alle wünschenswerthe Uebersichtlichkeit und Kürze geben können.[1]) Vor allem werden wir dem Strafrechte als Mittel zur Vereinfachung des Ausdrucks die Trennung der Beschreibung des Thatbestandes und des Urtheilsinhaltes entlehnen. Wie also das Strafrecht sagt: „Der Diebstahl soll bestraft werden....; Diebstahl aber ist...;“ so werden wir sagen: „Der Schuldner, wenn er nicht zahlt, soll verurtheilt werden....; Schuldner aber wird man, wenn....;“ oder: „Wer einen Dinglichberechtigten stört, soll verurtheitlt werden....; Dinglichberechtigt aber ist, wer....“

Das Resultat dieser Zerlegung dürfte aber sein, dass man eine kleine Anzahl von typischen Imperativen erhält, welche den Arten der subjectiven Rechte im Allgemeinen entsprechen, und dass dann zu jedem dieser Imperative eine grosse Reihe von begriffsentwickelnden Sätzen hinzugefügt wird, welche den Thatbestand der einzelnen Fälle angeben, in welchen die typischen Imperative zur Anwendung zu kommen haben.

---

[1]) Vgl. Thöl a. a. O. S. 96: „Das Recht besteht aus einer unendlichen Menge einzelner Rechtssätze. Diese Rechtssätze sind nicht zusammenhangslos, aber je schärfer man jeden einzelnen Rechtssatz für sich hinzustellen versucht, um so tiefer dringt man in ihren Zusammenhang ein. Durch einen solchen Versuch, welcher die Zahl der Rechtssätze nicht vermehrt, sondern zeigt, nimmt die Einheit des Rechts keinen Schaden.“

Versuchen wir schliesslich uns zu orientiren, was mit all dem geschieht, was die heutige Doctrin über das Privatrecht zu sagen weiss. Die Lehre von den Ansprüchen, dasjenige, was in die Kategorie „Schutz der Rechte" gestellt wird, das findet sich unverändert wieder bei den „typischen Imperativen", bei der Bezeichnung des Urtheilsinhaltes. Die Lehre vom Rechtserwerb", alles, was über Veräusserungsbefugniss und die Möglichkeit, sich zu verpflichten gesagt wird, alles das findet sich in den Sätzen über die Anwendung der typischen Imperative wieder, aber in anderer Form, nämlich als das unverarbeitete Materiale aus dem die aufgestellten Regeln zusammengesetzt worden sind und sich wieder zusammensetzen lassen. Die Sätze über die factischen Wirkungen, über den „Inhalt der Rechte" sind ohne Ersatz verschwunden. Freilich ohne Beeinträchtigung des Inhaltes des Gesetzes, denn wenn es sich z. B. fragt, was alles ein dinglich Berechtigter ungestört thun darf, so lässt sich das aus den Sätzen, welche die willkürliche Störung von gewissen Personen in gewissem Umfange mit Strafe bedrohen, leicht ermitteln.

Können wir so über alle Elemente der „berechtigenden Sätze" Rechenschaft geben, können wir dieselben jeden Augenblick restauriren, so sind wir auch sicher, den ganzen Rechtsstoff in der neuen Form erhalten zu haben. Dabei geben wir von den Vortheilen der alten Darstellung nicht mehr auf als unbedingt nöthig, wir werfen den Stoff nicht in ein Chaos zurück, sondern lassen ihn unberührt in seiner bisherigen Ordnung, indem wir nur den Weg angeben, auf welchem man die einzelnen Partien nach Bedürfnis in jene Gestalt bringen kann, welche eine weitere wissenschaftliche Bearbeitung zulässt.

Was nun den zweiten Schritt, die Aufstellung der Primärnormen betrifft, so wird dabei eine Veränderung nur in Betreff der wenigen typischen Imperative nothwendig sein, während die Anwendungsfälle für beide Arten von Normen ganz unver-

ändert bleiben. Die Primärnormen werden als Mittelglieder zwischen die typischen Secundärnormen und die Reihen ihrer Anwendungsfälle treten, sie werden ebenfalls nur wenige typische Befehle darstellen und die einzelnen Fälle werden sich jetzt unmittelbar an sie anschliessen. Es wird also in unserem früheren Beispiele heissen: „Es soll niemand den Dinglichberechtigten stören; dinglich berechtigt aber ist, wer....“ Während die Secundärnormen einfach lauten werden: „Wenn jemand die Primärnormen nicht befolgt, so soll er verurtheilt werden ....“

Obschon in unserem Zusammenhange auch über die anzuwendende Terminologie nur einige fragmentarische Bemerkungen möglich sein werden, so dürfte es sich doch empfehlen, wenigstens diese zu machen, um unser Verhältnis zu der bisherigen Doctrin zu markiren. Es ist natürlich ganz unzweckmässig, in der Terminologie Veränderungen zu versuchen, welche nicht absolut nothwendig sind, wir werden daher trachten, die bisher üblichen Ausdrücke möglichst beizubehalten. Dies wird vor allem in der Beschreibung des Thatbestandes fast ausnahmslos der Fall sein können, denn was „besitzen“ und „kaufen“, was „Vertrag“ und „Testament“ bedeutet, wird durch unsere Auffassung nicht geändert.

Auch die Bezeichnung der verschiedenen Partien des Rechtsstoffes, als „Eigenthum, Erbrecht“ werden wir beibehalten und nur angeben, wie der demselben entsprechende Imperativ auszudrücken ist, was wir meinen, wenn wir von „Eigenthum“ oder „Pfandrecht“ sprechen. Bei dem Erbrecht, z. B. wird daher nur in der Lehre von der rechtlichen Stellung des Erben eine Neuerung anzubringen sein, indem wir etwa den Rechtsinhalt kurz dahin angeben: „alle Imperative welche zu Gunsten oder zu Lasten des Erblassers gegolten haben, betreffen nun den Erben“, während die Darstellung der Frage: wie man Erbe wird, fast ganz unberührt bleiben kann.

Aber auch gewisse, oftmals wiederkehrende Beziehungen und Verhältnisse werden zu beachten und daher zu bezeichnen sein, und auch hier werden wir bereits eingebürgerte Ausdrücke möglichst beibehalten. Allein hier ist hervorzuheben, dass wir über die Bedeutung, in der wir dieselben verwenden, nicht erst Rechenschaft zu geben, dass wir uns mit den sonstigen Definitionen dieser Ausdrücke nicht erst auseinander zu setzen brauchen; es genügt, wenn wir die von uns beliebte Bedeutung einfach angeben.

So werden wir für den Fall, dass der Thatbestand einer Primärnorm sich verwirklicht, den Ausdruck gebrauchen: es entsteht ein Recht; „Recht" bedeutet daher die Thatsache der Verwirklichung eines gewissen Thatbestandes, an welchen eine Primärnorm geknüpft ist. Ob in Folge dieser Thatsache jemandem eine „Willensmacht" zusteht oder ob „das Interesse" jemandes dadurch geschützt wird, bleibt für uns ganz ausser Betracht.

Da wir den Ausdruck „Recht" für die Fälle reserviren, wo der vollständige Thatbestand einer Primärnorm bereits realisirt ist, wird es sich empfehlen, eine eigene Bezeichnung für eine Reihe von Fällen zu schaffen, wo zum vollständigen Thatbestand einer Primärnorm nur die Willenserklärung einer Person fehlt; wir könnten hier sagen: jener Person stehe eine „Befugnis" zu und das Eintreten des übrigen Thatbestandes ausser der Willenserklärung als „Entstehung der Befugnis" bezeichnen. Ob es erforderlich ist, die Kategorie der Befugnis aufzustellen, kann natürlich erst die Detailuntersuchung erweisen, hier sei nur beispielsweise daran erinnert, dass die Fristen, an welche in jedem Falle die Befugnis geknüpft ist, von den Fristen, welche für die Verjährung der Rechte aufgestellt sind, genau unterschieden werden müssen, dass für beide Fälle ganz verschiedene Bestimmungen gelten.

„Anspruch" nennen wir die Thatsache, dass der Thatbestand einer Secundärnorm verwirklicht ist, und die Verwirklichung des Thatbestandes „Entstehung des Anspruches", Wir könnten natürlich statt Anspruch den Ausdruck Klage

oder Klagerecht adoptiren, doch dürfte es sich empfehlen, diese Ausdrücke dem Sprachgebrauche der Processtheorie zu reserviren.

Einige weitere technische Ausdrücke werden für die Darstellung der sich als nothwendig erweisenden negativen Sätze aufgestellt werden müssen. Sprechen die positiven Sätze alle von Entstehung von Rechten, so werden die negativen die Nichtentstehung von Rechten zu constatiren haben. Wann dies nothwendig sein wird, kann erst bei den concreten Fällen entschieden werden; es fragt sich dann eben nur, ob die Bestimmung der positiven Fälle scharf genug gegeben werden kann, um allen Zweifel von selbst auszuschliessen, oder ob solche Zweifel besonders müssen beseitigt werden. Daraus folgt nun, dass genau genommen die Beschränkung, wann er nicht befolgt zu werden braucht, mit zur Bestimmung des positiven Befehls gehört; und dabei macht es natürlich keinen Unterschied, ob der Umstand, welcher von Erfüllung des Befehls befreit, früher oder später eintritt als die positiv formulirte Bedingung des Befehls.

Sollte es sich nun empfehlen, solche negative Bedingungen der Imperative abgesondert zu betrachten, so werden wir die vor dem positiven Thatbestand des Imperativs eintretenden „rechtshindernde“, die nachher eintretenden aber „rechtsaufhebende“ nennen. Und die Thatsache, dass solch ein rechtsaufhebender Umstand eintritt, möge „Aufhebung des Rechtes“ heissen, obwol dieser Ausdruck selbst als bildlicher ungenau ist. Denn wir bezeichnen mit Recht eine gewisse Thatsache und diese kann nicht ungeschehen gemacht, nicht aufgehoben werden.

In gleicher Weise kann man von „Aufhebung der Ansprüche“ sprechen, wenn ein Umstand die negative Bedingung einer Secundärnorm ist und erst eintritt, nachdem die positive Bedingung derselben bereits realisirt war.

Auch den Ausdruck Befugnis werden wir in Bezug auf die negativen Sätze passend verwenden können, nämlich für jene Fälle, wo die Aufhebung eines Rechtes oder Anspruches

ausser an andere Umstände auch an die Willenserklärung einer bestimmten Person gebunden ist, dieser steht dann eine „Aufhebungs- oder Anfechtungsbefugnis“ zu.

Bei dieser nur beispielsweisen Aufzählung kann natürlich weder besprochen werden, welche Fälle unter die einzelnen Kategorien fallen, ob z. B. bei der Verjährung von Rechtsaufhebung oder von Anspruchsaufhebung zu sprechen wäre; noch auch ob nicht manche andere Kategorien nothwendig sein werden, so z. B. ob man nicht von „Rechtsübertragung“ wird sprechen sollen, in den Fällen, wo der Imperativ zu Gunsten einer bestimmten Person nur darum und nur dann aufhört, wenn ein neuer inhaltlich mehr oder weniger gleicher zu Gunsten einer anderen Person entsteht.

Die Bemerkungen über die Terminologie waren für uns überhaupt nur geboten, um der herrschenden Richtung gegenüber hervorzuheben, dass wir bei Anwendung all dieser Ausdrücke gar nicht mehr von den Bedürfnissen der naturhistorischen Constructionen beeinflusst, sondern von ganz anderen Gesichtspunkten geleitet werden.

Anhang.

Gegen die Ansicht, dass die gesetzlichen Bestimmungen Befehle sind, ist von Zitelmann und von Binding Einspruch erhoben worden. Die Ausführungen dieser Schriftsteller sollen hier einer eingehenden Kritik unterzogen werden.

Für Zitelmann[1]) ist die Grundlage, auf der sein ganzes Buch ruht, die Behauptung, dass zwischen dem Thatbestande jedes Rechtssatzes und der rechtlichen Verfügung, der „Norm", eine causale Verbindung besteht, welcher er den Namen „juristische Causalität" gibt, und es gilt nun diese Behauptung zu vertheidigen und zu beweisen. „Das beweist sich dadurch, dass jeder Rechtssatz ein allgemeines hypothetisches Urtheil ist. Jeder Rechtssatz lautet: „Wenn . . . ., so sollst du . . . .!" Allein in einem Rechtssatze ein hypothetisches Urtheil im logischen Sinne zu sehen, ist unmöglich, sobald man nur erkannt hat, dass das „Du sollst" ein Imperativ, dass der Rechtssatz ein Wunschsatz ist. Denn der Wunschsatz enthält, logisch betrachtet, ein „assertorisches Urtheil", d. h. ein solches, welches sich schon in seiner Form blos als nackte, beweislose Behauptung gibt, während das „hypothetische Urtheil" gerade die Form der logischen Begründung ist.

Dies scheint auch Zitelmann zu fühlen und darum sieht er sich bewogen zu leugnen, dass das „Du sollst" eine imperativische Bedeutung hat. Und das macht sich ganz leicht, indem er jetzt nur den sprachlichen Ausdruck in Betracht zieht, während es sich ja eigentlich um die logische Bedeutung handelt. — „Der wahre Imperativ — ist kein Urtheil. Allein

[1]) S. die citirte Schrift, S. 222 fg. Auch an diesem Punkte ist die schon citirte Kritik von Schlossmann in Grünhut's Zschr. VII., S. 550, 551, ganz zutreffend, trotzdem scheint mir zu grösserer Deutlichkeit eine nochmalige Betrachtung nicht überflüssig.

man drückt incorrecter Weise [1]) den Imperativ auch in der Form des Urtheils aus. „Tödte nicht“ ist ein Imperativ; „Du sollst nicht tödten“ ist ein Urtheil, Du ist Subject, sollst u. s. w. ist Copula und Prädicat.“ Das scheint besagen zu wollen, denn die ganze Stelle ist ziemlich unklar gehalten, dass in dem Ausdrucke „Du sollst“ entweder ein Imperativ stecken kann oder etwas anderes. Nun erübrigt aber noch der Nachweis, dass in dem „Du sollst“ der Rechtssätze wirklich nicht ein Imperativ steckt; dazu scheinen folgende Bemerkungen bestimmt: „Der wahre Imperativ enthält ein individuelles und unübertragbares Moment.“ — „Rechtsnormen nun können ihrem Wesen nach nie Imperative sein, schon um deshalb nicht, weil sie allgemein gelten wollen.“

Aber nur die unbestimmte Ausdrucksweise, die Zitelmann gewählt hat [2]), ist es, die den Schein eines Widerspruches zwischen dem Wesen des Imperativs und den Rechtsnormen verursacht; denn das „individuelle und unübertragbare Moment“ des Imperativs beruht eben darin, dass er die Willensäusserung einer Persönlichkeit ist, und dieses Moment kommt dem Gesetze doch auch zu; damit verträgt es sich aber ganz gut, dass der Inhalt des geäusserten Wunsches ein allgemeiner ist, dass er sich bei dem Gesetze auf eine gewisse Gestaltung aller künftigen Fälle bezieht. Es fehlt also der nothwendige Beweis, dass das „Du sollst“ der Normen nicht der Ausdruck eines Imperativs sei.

Aber wenn wir das auch zugeben wollten, so käme Zitelmann noch nicht zum Ziele. Denn wenn auch die Rechtsnormen nicht Imperative, sondern irgend etwas anderes wären, so wären sie doch keinesfalls hypothetische Urtheile im logischen Sinne. „Wenn das „Du sollst“ logisch stets als Urtheil aufzufassen

[1]) Es ist unverständlich, wie Zitelmann dazu kommt, einen allgemeinen Sprachgebrauch meistern zu wollen.

[2]) Die von Z. hier angezogene Stelle von Sigwart, Logik I S. 17, enthält gerade das Gegentheil von dem, was Z. daraus entnehmen will.

ist, dann kann und muss für den ganzen Rechtssatz die Eigenschaft eines hypothetischen Urtheils in Anspruch genommen werden," so lautet auf Seite 223 die Folgerung, die in der scheinbar rhetorischen Formel „kann und soll" von der zweifellosen, aber nutzlosen Möglichkeit zu der erwünschten, aber unbewiesenen Nothwendigkeit unbemerkt fortzuschlüpfen sucht. Allein der Fehlschluss wäre doch zu grob! Muss denn jeder sprachliche Bedingungssatz zu einem hypothetischen Urtheil gehören? Im vorliegenden Falle gehört er logisch und grammatikalisch nicht zu dem Hauptsatze, sondern erst zu dem Objecte desselben, er ist eine nähere Bestimmung der aufgetragenen Handlung; wem dies nicht sofort klar ist, der wird gut thun, die Form „du sollst" zur Erleichterung des Verständnisses sich zu ersetzen, etwa durch „ich wünsche" oder durch die von Zitelmann gewählte Umschreibung „du bist verpflichtet" oder noch besser durch eine entsprechende lateinische Construction!

Weniger tendenziös verfährt Binding[1]) wenn er die Behauptung abwehren will, dass alle Rechtssätze Normen, d. h. Befehle an Menschen sind. Es wird von einer ganz richtigen Erwägung ausgegangen: „jeder Rechtssatz, also auch jedes Gesetz besteht in Wahrheit aus zwei ganz verschiedenen Sätzen." „Von diesen beiden Sätzen durch deren Verbindung der Rechtssatz entsteht, mag man den einen den Ausdruck des Rechtsgedankens, den andern den Ausdruck des Rechtswillens nennen." „Das Verhältniss dieser beiden Sätze wird am klarsten, wenn man sich vorstellt, dass ein Gesetzentwurf unverändert die Kammerberathung durchläuft und man sich nun die Frage vorlegt, wodurch das publicirte Gesetz von dem wörtlich ihm gleichlautenden Entwurfe des Gesetzes sich unterscheidet? Die Rechtsgedanken in beiden sind inhaltlich und formell auf's Haar übereinstimmend; das Gesetz aber enthält einen kleinen folgenschweren Satz mehr als der Entwurf. Dieser kleine Satz lautet: „ich der Gesetzgeber verordne was

[1]) Krit. VJSchr. XXI. S. 549, fg.

folgt.“ Natürlich enthält dieser Satz das assertorische Wunschurtheil, welches in jedem Befehle liegt, die „Rechtsgedanken“ aber bilden den Inhalt des Wunsches.

Wenn man das festhält, wenn man wie Binding selbst, betont, dass erst die beiden eben unterschiedenen Sätze zusammen einen „Rechtssatz“ ausmachen, so kann über das Verhältnis der beiden Sätze gar kein Zweifel bestehen; und man kann die Behauptung: „alle Rechtssätze sind Normen“ nicht in doppeltem Sinne, sondern nur in der Weise auffassen, wie Thon und Laband es gethan, dessen Meinung Binding ganz richtig dahin formulirt: „dass jeder Rechtssatz eine Vorschrift für handlungsfähige Menschen in grösserem oder kleinerem Kreise sich danach zu richten, enthielte, dass also jeder Rechtssatz durch den Gesetzesbefehl zur Norm würde.“

Die Richtigkeit dieser Behauptung mag man nun bezweifeln, denn wenn es auch fast selbstverständlich ist, dass das Recht menschliche Handlung beeinflussen, dass es also befehlen will, so ist doch die Beziehung zwischen dem Wortlaut der vorhandenen Bestimmung und den dadurch beeinflussten Handlungen nicht immer leicht aufzufinden. Es ist daher ganz richtig, wenn Binding auf diese Schwierigkeit zweifelnd hinweist.

Die Gründe aber, welche er dieser Ansicht direct entgegenstellen will, sind durchaus nicht zwingend. Das erste Argument ist nichts als ein Spiel mit Worten. Binding geht von der Erscheinung aus, dass der die Geltung des Gesetzes bedingende Formalact, die Publication, vorgenommen werden kann, ohne dass doch sofort die Geltung eintritt. Aber dies ist doch nur dann der Fall, wenn die gesetzbegründende Kraft der sogenannten Publication beschränkt ist, entweder überhaupt so, dass in jedem Falle noch eine weitere Clausel über das „in Kraft treten“ des Gesetzes nothwendig ist, oder nur für den speciellen Fall, indem die Publication etwa bedingt oder befristet, oder unter der ausdrücklichen Beschränkung erfolgt, dass das Gesetz vorläufig nicht, sondern erst nach einer später erfolgenden Erklärung gelten und befolgt werden solle. Ich kann in dieser Erscheinung nichts auffälliges finden. Indem aber

Binding das Aussprechen des Gesetzes, die Publication, schlechthin als „Entstehung des Gesetzes“ bezeichnet, kommt er zu der sonderbaren Erscheinung, dass Gesetze „bestehen“ ohne zu gelten, ohne dass sie brauchten befolgt zu werden. Indem er aber weiter definirt: Befehl ist nur was Befolgung fordert, kommt er zu dem Schlusse: Publication des Gesetzes ist nicht Aussprechen eines Befehles, also ist das Gesetz kein Befehl, während er doch nur bewiesen hat, dass eine beschränkte Publication nicht ein vollwirksames Gesetz, also auch keinen Befehl aussprechen will!

Nicht besser steht es mit den weiteren Bemerkungen. Der Behauptung, dass „der Gesetzesbefehl,“ der Ausspruch „ich der Gesetzgeber verordne wie folgt“ ein Befehl an Menschen zur Befolgung ist, obschon dies nicht direct aus seiner Form hervorgeht, stellt Binding die andere entgegen: „er ist überhaupt kein Befehl; er ist eine feierliche Willenserklärung, dass etwas was Recht bis dahin nicht war, die Qualität des Rechtssatzes fürderhin an sich tragen solle.“ Widerspricht das aber unserer Behauptung? So wenig, dass wir unsere Behauptung: der Rechtssatz ist staatlicher Imperativ, mit der Binding's trefflich verbinden können; der sogenannte Gesetzbefehl ist eine feierliche Willenserklärung, dass etwas, was staatlicher Imperativ bis dahin nicht war, die Qualität eines solchen fürderhin an sich tragen solle. Zwischen einer feierlichen Erklärung, „dass etwas als Befehl gelten solle“ und dem Erlassen eines Befehles kann ich mir nun keinen anderen Unterschied denken, ausser dem der Wortfassung. Und es ist ganz unerfindlich warum es nicht möglich sein sollte, die Unterschiede in der Wortfassung der Rechtssätze zu beseitigen. Daher hat Binding den versuchten Beweis gegen die imperativische Natur des Rechtes nicht erbracht.

Inhaltsübersicht.

I. Ausgangspunkt der Untersuchung.

§ 1. Die Aufgabe der Rechtswissenschaft.
§ 2. Der Gegenstand derselben.

II. Die Methode im Allgemeinen.

§ 3. Die Frage der Rechtsentstehung.
§ 4. Untersuchung der Wirkungen des Rechtes. — Bedeutung dieser Untersuchung.
§ 5. Art des Verfahrens dabei.

III. Der Zusammenhang des Privatrechts.

§ 6. Gegenwärtige Kenntnis der Wirkungen des Rechts.
§ 7. Insbesondere in Betreff der wirthschaftlichen Verhältnisse.
§ 8. Resultat.
§ 9. Verhältnis zu Ihering's Zweck im Recht.

IV. Wissenschaftliche Darstellung des Privatrechts.

§ 10. Bedeutung der Darstellung für die wissenschaftliche Arbeit.
§ 11. Bisherige Darstellung. -- System der subjectiven Rechte.
§ 12. Fortsetzung. — Schwierigkeiten der Durchführung.
§ 13. Kritik dieser Darstellung.
§ 14. Vorläufiger Standpunkt. — Einwände gegen denselben.
§ 15. Binding's Normentheorie in Anwendung auf das Privatrecht. — Resultat.
§ 16. Durchführung der neuen Darstellung. - Die anzuwendende Terminologie.
Anhang: Zitelmann und Binding über die imperativische Natur des Rechtes.

Verlag von
Leuschner & Lubensky, k. k. Universitäts-Buchhdlg. in **Graz**.

Dr. **Fr. Maassen's**
k. k. Hofrath und ord. Professor der Rechte an der Wiener Universität

Geschichte der Quellen
und
Literatur des canonischen Rechts
im Abendlande
bis zum Ausgang des Mittelalters.
1. Band. 66 Bogen. Preis fl. 11.50 oder M. 20.—.

Zwei Synoden
unter
König Childerich II.
Nach einem Manuscripte der Stadtbibliothek von Albi.
Preis 72 kr. oder M. 1.20.

Neun Capitel
über
freie Kirche und Gewissensfreiheit.
8. 30 Bogen. Preis fl. 3.— oder M. 6.—.

Unser Eherecht und das Staatsgrundgesetz.
Ein am 14. Januar 1878
in der Wiener Juristischen Gesellschaft gehaltener Vortrag.
Preis 50 kr. oder M. 1.—.

Verlag von
Leuschner & Lubensky, k. k. Universitäts-Buchhdlg. in **Graz**.

Verlag von
Leuschner & Lubensky, k. k. Universitäts-Buchhdlg. in **Graz.**

Die Exhibitionspflicht

in ihrer

Bedeutung für das klassische und heutige Recht.

Juristische Untersuchung von Dr. **Gustav Demelius,**
k. k. Hofrath u. ord. Professor des römischen Rechtes an der Universität in Wien.

8. 18 Bogen. Preis fl. 3.50 oder M. 6.—.

Die Confessio im römischen Civilprocess

und das

gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung.

Juristische Untersuchung von Dr. **Gustav Demelius.**

8. 25½ Bogen. Preis fl. 5.— oder M. 8.60.

Erläuterungen zur Strafprocess-Ordnung

vom 23. Mai 1873

von

Julius Mitterbacher, und Dr. **Vincenz Neumayer,**
k. k. Oberlandesgerichts-Rath. Advocat.

8. 64 Bogen. Preis fl. 7.60 oder M. 15.20.

Die Perfection des Acceptes.

Eine wechselrechtliche Untersuchung

von Dr. **Alexander Grawein,**
o. ö. Professor an der Universität in Czernowitz.

8. 11 Bogen. Preis fl. 2.— oder M. 4.—.

Studien zum österreichischen Vereins- und Versammlungsrechte

von Dr. **Karl Hugelmann.**

8. brosch. Preis fl. 2 40 oder M. 4.80.

Die falsche Aussage

vor Gericht oder öffentlicher Behörde

nach deutschem und österreichischem Rechte

von Dr. **Franz Eduard von Liszt,**
ord. Professor der Rechte an der Universität Giessen.

8. broch. Preis fl. 2.60 oder M. 4.80.

Zur Lehre vom sogenannten

error in substantia.

Römisch-rechtliche Untersuchung

von Dr. **Emil Pfersche,**
Docent an der Universität Graz.

Preis fl. 1.60 oder M. 3.20.

Verlag von
Leuschner & Lubensky, k. k. Universitäts-Buchhdlg. in **Graz.**

Druckerei Leykam-Josefsthal in Graz.